



TESIS DOCTORAL

LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS: ACREEDORES FRENTE A SOCIOS

Autor:

Pedro Luis Vizcaíno Garrido

Director/es:

Miguel Ruiz Muñoz

Tutor:

Miguel Ruiz Muñoz

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

Getafe, febrero 2014



TESIS DOCTORAL

LOS DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS: ACREEDORES FRENTE A SOCIOS

Autor: **Pedro Luis Vizcaíno Garrido**

Director/es: **Miguel Ruiz Muñoz**

Firma del Tribunal Calificador:

Firma

Presidente:

Vocal:

Secretario:

Calificación:

Getafe, de de

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO: LA TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO

- I. INSOLVENCIA Y TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO
- II. LA CARGA DEL ACREEDOR EN EL CONTROL DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR
- III. LOS DEBERES DEL DEUDOR DE INFORMACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA SOLVENCIA

CAPÍTULO SEGUNDO: LA PROTECCIÓN DEL ACREEDOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIETARIO

- I. INTRODUCCIÓN: PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y DERECHO DE CRÉDITO
- II. EL HERMETISMO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL
- III. ESTRUCTURA ORGÁNICA COMO CONSECUENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD.
- IV. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTORNO A LA SOCIEDAD DE CAPITAL: MECANISMOS DE ALINEACIÓN DE INTERESES
- V. EL INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA

CAPÍTULO TERCERO: LOS DEBERES PRECONCURSALES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA CRISIS EMPRESARIAL:

- I. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
- II. EL DEBER DE INFORMACIÓN
- III. DEBERES DE CONSERVACIÓN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD

CAPÍTULO CUARTO: EL CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA DE SOCIEDADES EN CRISIS.

- I. EL INTERÉS SOCIAL Y LA CRISIS EMPRESARIAL.
- II. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ÍNDICE EXTENDIDO

Pag.

INTRODUCCIÓN.....	14
-------------------	----

CAPÍTULO PRIMERO LA TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO

I. INSOLVENCIA Y TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO

1. La importancia de protección del derecho de crédito frente a la insolvencia del deudor.....	19
2. Insolvencia y responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC.....	22
3. Los mecanismos de defensa del crédito frente a la insolvencia.....	23
4. El principio de protección de la confianza con base en la buena fe y orden público económico	26
5. La tutela del crédito: el control de la solvencia del deudor.....	26

II. LA CARGA DEL ACREEDOR EN EL CONTROL DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

1. La asunción de deuda del artículo 1206 CC.....	28
2. La responsabilidad en la cesión de créditos del artículo 1529 CC	30
3. El vencimiento anticipado por insolvencia sobrevenida: artículo 1129.1º CC	32
4. Conclusión: la carga del acreedor de proteger su crédito.....	33

III. LOS DEBERES DEL DEUDOR DE INFORMACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA SOLVENCIA

1. Los deberes de información.....	35
A. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN.....	35
a) Régimen general de los deberes precontractuales de información.	35
b) Los deberes informativos en la protección de consumidores y usuarios.....	40
B. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL ACERCA DE LA SOLVENCIA.....	42
C. LOS DEBERES CONTRACTUALES DE INFORMACIÓN EN LOS CASOS DE MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS	44
2. La conservación de la solvencia.....	46
A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DEBER DEL DEUDOR EN LA CONSERVACIÓN DE SU SOLVENCIA	46
B. LA ACCIÓN REVOCATORIA Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SU INSOLVENCIA.....	48

IV. EL RIESGO DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

1. El contrato como instrumento de distribución del riesgo	51
2. La asunción de riesgos	53
A. EL RIESGO DE INSOLVENCIA EN LA RELACIÓN	

<i>OBLIGATORIA</i>	53
<i>a) El riesgo de la prestación</i>	53
<i>b) El riesgo de insolvencia del deudor</i>	55
<i>B. LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DEL RIESGO: VOLENTI NON</i>	
<i>FIT INIURIA</i>	56
<i>a) Grupos de casos en la asunción de riesgos</i>	56
<i>b) la asunción del riesgo por el acreedor</i>	57
3. Conclusión: La carga del acreedor de velar por el riesgo de	
insolvencia del deudor	58

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROTECCIÓN DEL ACREEDOR EN EL ÁMBITO DEL DERECHO SOCIETARIO

I. INTRODUCCIÓN: PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y DERECHO DE CRÉDITO

1º La personalidad jurídica y el derecho de crédito	61
2º. La adquisición de personalidad jurídica de la sociedad de capital.....	63
3º Las consecuencias de la personalidad jurídica de la sociedad en el	
derecho de crédito.....	66

II. EL HERMETISMO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL

1º Origen y fundamento de la responsabilidad limitada de la sociedad.....	70
2º Función del principio de responsabilidad limitada en el tráfico.....	75
3º El desplazamiento del riesgo a los acreedores.....	77
4º El uso de la personalidad jurídica de la sociedad como mecanismo	
de lesión del derecho de crédito	80

<i>A. LA CUESTIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA</i>	80
--	----

<i>B. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO</i>	82
---	----

<i>a) El origen del disregard of the legal entity en el derecho anglosajón</i>	82
--	----

<i>b) La adopción en el derecho español</i>	83
---	----

5º. Los límites al hermetismo patrimonial de las sociedades de capital.....	85
--	-----------

<i>A. CASOS DE EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD</i>	86
--	----

<i>a) Confusión de patrimonios o esferas</i>	86
--	----

<i>b) Dirección externa o dominación</i>	87
--	----

<i>c) Infracapitalización</i>	88
-------------------------------------	----

<i>B. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: INEXISTENCIA DE LÍMITES AL HERMETISMO PATRIMONIAL</i>	91
---	----

<i>a) Responsabilidad del administrador ex novo</i>	91
---	----

<i>b) Responsabilidad del administrador por la inobservancia de deberes informativos.</i>	93
---	----

<i>c) Sociedades abiertas y sociedades cerradas</i>	94
---	----

6º. El hermetismo patrimonial y la pluralidad de personas jurídicas:	
los grupos de sociedades	95

<i>A. LA RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES</i>	95
--	----

<i>B. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LAS DEUDAS DE SU FILIAL.....</i>	98
<i>a) Planteamiento en el derecho comparado.....</i>	99
<i>b) La inadmisibilidad de responsabilidad global: legitimidad de grupo.....</i>	100
<i>C. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LA DIRECCIÓN DEL GRUPO O INSTRUCCIONES PERJUDICIALES.....</i>	103
<i>a) El administrador de hecho.....</i>	104
<i>b) Referencia al mandato y la gestión de negocios ajenos.....</i>	107
7º. Conclusiones	107
III. ESTRUCTURA ORGÁNICA COMO CONSECUENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD.	
1º La figura del administrador como alteración del esquema de la relación obligatoria.....	109
2º El carácter orgánico y contractual del administrador societario.....	110
<i>A. NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ADMINISTRADOR.....</i>	<i>110</i>
<i>B. LA RESPONSABILIDAD ORGÁNICA DEL ADMINISTRADOR POR LA VULNERACIÓN DE SUS DEBERES.....</i>	<i>111</i>
<i>C. CONSECUENCIAS DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD.....</i>	<i>113</i>
IV. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTORNO A LA SOCIEDAD DE CAPITAL: MECANISMOS DE ALINEACIÓN DE INTERESES	
1. La posición del órgano de administración en los conflictos de interés.....	116
2. La sociedad de capital como centro de colisión de una pluralidad de intereses en conflicto.	118
<i>A. LA PLURALIDAD DE INTERESES EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL.....</i>	<i>118</i>
<i>B. CONFLICTO DE INTERESES AD EXTRA: SOCIOS Y ACREEDORES SOCIALES</i>	<i>119</i>
<i>a) El conflicto entre socios y acreedores en las sociedades en crisis.....</i>	<i>119</i>
<i>b) La inadecuación de la lex societatis en la tutela de los conflictos entre socios y acreedores</i>	<i>120</i>
<i>C. CONFLICTO DE INTERESES EN LA SOCIEDAD AD INTRA.....</i>	<i>124</i>
<i>a) El conflicto entre control y propiedad.....</i>	<i>124</i>
<i>b) El interés de la mayoría frente al interés social.....</i>	<i>127</i>
<i>c) Accionistas actuales e inversores futuros.....</i>	<i>129</i>
3. El gobierno corporativo como mecanismo de alineación de intereses	129
<i>A. GOBIERNO CORPORATIVO COMO REMEDIO AL CONFLICTO ENTRE CONTROL Y PROPIEDAD.....</i>	<i>130</i>
<i>a) Marco histórico en el que se surge el Corporate Governance..</i>	<i>130</i>
<i>b) Los códigos de buen gobierno.....</i>	<i>132</i>
<i>c) Dos polos de influencia actual en materia de buen gobierno.....</i>	<i>134</i>
<i>B. GOBIERNO CORPORATIVO: ¿MECANISMO DE TUTELA ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES?.....</i>	<i>135</i>
<i>a) Cambio de criterio: de la creación de valor a la ley de transparencia.....</i>	<i>135</i>

b) RSC y Gobierno corporativo como dos caras del buen gobierno empresarial	137
C. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO MECANISMO DE TUTELA DEL CONFLICTO ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES	138
V. EL INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA	
1. El interés social como fin de la actividad gestora del administrador diligente	142
2. Aproximación al debate sobre el interés social: institucionalista versus contractualista	143
A. APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DEBATE.....	143
a) Inicio del debate.....	143
b) Marco económico trascendencia del debate.....	144
c) Unternehmen an sich.....	146
d) Evolución posterior del debate.....	147
B. LA CREACIÓN DE VALOR PARA EL ACCIONISTA COMO INTERÉS SOCIAL.....	148
a) La perspectiva contractualista.....	148
b) La formulación de la perspectiva contractualista.....	149
c) Las posiciones críticas con la teoría contractual.....	151
C. LAS TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS DEL INTERÉS SOCIAL Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES	153
PRECONCURSALES	
a) La perspectiva institucionalista.....	153
b) Los argumentos de la posición institucionalista del interés social.....	155
c) La posición institucionalista y el interés social de la empresa en crisis.....	156

CAPÍTULO TERCERO

LOS DEBERES PRECONCURSALES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA CRISIS EMPRESARIAL:

I. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO	
1. Introducción: problemática interpretativa en el derecho español.....	160
2. Aproximación al concepto de crisis	162
A. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL.....	162
a) Crisis empresarial.....	163
b) Insolvencia, desbalance e infracapitalización.....	163
c) Deslizamiento hacia la insolvencia.....	167
d) Proximidad a la insolvencia y concurso.....	168
B. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO.....	167
a) Crisis societaria.....	170
b) Crisis concursal	174
a. El interés concursal	
b. La sociedad insolvente: Insolvencia actual como concepto dinámico	

c. Insolvencia inminente	
c) <i>Interés concursal Vs Interés social</i>	179
3. La Responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis.....	181
A. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE	
SOCIEDADES EN CRISIS EN EL DERECHO COMPARADO.....	181
a) <i>Derecho inglés: wrongful Trading</i>	181
b) <i>Derecho EEUU</i>	185
c) <i>Derecho alemán</i>	187
d) <i>Derecho francés</i>	190
e) <i>Derecho italiano</i>	192
B. TIPOS DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS	
ADMINISTRADORES POR CRISIS EMPRESARIAL EN EL	
DERECHO ESPAÑOL.....	194
a) <i>El sistema español frente a los sistemas comparado</i>	194
b) <i>La responsabilidad societaria por no disolución</i>	195
c) <i>Responsabilidad concursal en Derecho Español</i>	198
a. La responsabilidad del administrador	
b. Los deberes preconcursales en la Ley concursal	
C. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DEL ADMINISTRADOR	
FRENTE A LOS ACREEDORES CONTRACTUALES	201
a) <i>La naturaleza de la acción de responsabilidad de</i>	
<i>administrador</i>	202
b) <i>responsabilidad por las obligaciones contractuales de la</i>	
<i>sociedad</i>	204
c) <i>Delimitación de los ámbitos de las acciones en base al</i>	
<i>“patrimonio sobre el que incide el daño”</i>	207
d) <i>Responsabilidad orgánica frente a los acreedores</i>	
<i>Anteriores y posteriores a la situación de crisis empresarial</i>	209
D. PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS	
ACCIONES EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS EMPRESARIAL.....	210
a) <i>La cuestión de la compatibilidad entre las distintas</i>	
<i>acciones de responsabilidad frente a los administradores</i>	210
b) <i>Efectos de la declaración del concurso sobre la acción</i>	
<i>social de responsabilidad</i>	212
c) <i>Efectos de la declaración del concurso sobre la</i>	
<i>responsabilidad individual (art. 241 LSC)</i>	213
d) <i>Efectos de la declaración del concurso sobre la acción de</i>	
<i>responsabilidad por deudas (art. 637 LSC)</i>	216
II. EL DEBER DE INFORMACIÓN	
1. Introducción	217
2. Deberes de información como deber general de diligencia	218
A. RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LOS	
DEBERES INFORMATIVOS DE LA SOCIEDAD	218
a) <i>Deberes informativos de la sociedad como parte del</i>	
<i>contrato</i>	218
b) <i>Deberes informativos del administrador como órgano</i>	
<i>societario</i>	219
B. DEBER DE INFORMAR ACERCA DE LA CRISIS	
EMPRESARIAL.....	221
3. Deber de información en los supuestos de insolvencia	223

4. Deberes de información en la proximidad a la insolvencia	226
<i>A. DEBERES INFORMATIVOS EN GENERAL.....</i>	<i>226</i>
<i>a) deberes informativos en las situaciones de proximidad a la insolvencia.....</i>	<i>226</i>
<i>b) Sobre la inexistencia de un deber específico de información en la proximidad a la insolvencia.....</i>	<i>228</i>
<i>B. EL DEBER DE INFORMACIÓN EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS.....</i>	<i>229</i>
<i>a) El deber de información en el supuesto de infracapitalización de la sociedad.....</i>	<i>229</i>
a. Responsabilidad por infracapitalización como responsabilidad por no información.	
b. Inadecuada extensión de responsabilidad de la sociedad al socio.	
c. Infracapitalización e insolvencia.	
<i>b) Extensión de responsabilidad por confusión de patrimonios o esferas.....</i>	<i>233</i>
<i>C. DEBER DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CRISIS DISOLUTORIA</i>	<i>234</i>
<i>a) El deber de información del administrador en la crisis disolutoria.....</i>	<i>234</i>
<i>b) La responsabilidad del artículo 367 LSC como deber de información.....</i>	<i>235</i>
a. El fundamento informativo-contable del artículo 363.1.e) LSC.	
b. La responsabilidad por no disolución sobre la base del tercero de buena fe:	
c. Tendencia jurisprudencial: asunción de la doctrina del tercero de buena fe	
d. Propuesta interpretativa: el deber de disolución como deber de información contractual	
5. Conclusión: Recapitulación de los deberes informativos	249
III. DEBERES DE CONSERVACIÓN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD	
1. Introducción	251
2. La responsabilidad frente a los acreedores anteriores a la situación de crisis.	252
<i>A. REPONSABILIDAD POR NO PROTECCION DEL PATRIMONIO SOCIAL.....</i>	<i>253</i>
<i>a) Protección del patrimonio en el ámbito concursal.....</i>	<i>253</i>
<i>b) Protección del patrimonio en el ámbito societario.....</i>	<i>254</i>
<i>B. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS.....</i>	<i>255</i>
<i>a) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no disolución.....</i>	<i>255</i>
<i>b) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no promover el concurso.....</i>	<i>256</i>
3. Los deberes de conservación patrimonial en la proximidad a la insolvencia	257
<i>A. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN COMO MEDIDAS PRECONCURSALES.....</i>	<i>257</i>
<i>a) Las acciones de reintegración en la Ley concursal.....</i>	<i>258</i>

b) El concepto amplio de perjuicio patrimonial.....	259
c) Desconexión de las acciones de reintegración con el presupuesto subjetivo.....	260
B. INSOLVENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN.....	262
a) Insolvencia de fondo.....	263
b) Crisis irreversible e insolvencia probable.....	265
c) Responsabilidad por la asunción de riesgos.....	266

CAPÍTULO CUARTO

EL CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA DE SOCIEDADES EN CRISIS.

I. EL INTERÉS SOCIAL Y LA CRISIS EMPRESARIAL.

1. El interés social como interés más allá de los socios en la proximidad a la insolvencia.....	270
2. El interés social en la empresa en crisis desde una aproximación al Análisis Económico del Derecho	272
A. APROXIMACIÓN AL ANALISIS ECONÓMICO COMO TEORIA DEL DERECHO	272
B. INADECUACIÓN DE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONALISTA DEL INTERÉS SOCIAL DESDE EL AED.....	275
a) Sobre el reparto contractual del riesgo.....	275
b) Desde el punto de vista de la utilidad.....	276
c) Sobre la elevación de los costes de agencia.....	277
3. El concepto de interés social ante la crisis empresarial en el derecho anglosajón	278
A. EL DEBER DE PROMOVER EL ÉXITO DE LA COMPAÑÍA.....	278
B. EL DEBER DE TENER EN CUENTA LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES	280
C. LA REGLA DEL BUEN JUICIO EMPRESARIAL EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA (BUSINESS JUDGEMENT RULE).....	282
4. Interés social y derecho de sociedades en la legislación española	284
A. EL ARTÍCULO 226 LSC: EL INTERÉS SOCIAL COMO INTERÉS DE LA SOCIEDAD.....	284
B. INTERÉS SOCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	285
5. Los inconvenientes del concepto amplio del interés social.	287
A. INTERÉS SOCIAL Y LEX SOCIETATIS.....	288
B. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO.....	289
C. INTERÉS SOCIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA	291
a) Libertad de empresa vs función social de la propiedad.....	292
b) Libertad de empresa e interés social.....	294
c) Límites constitucionales y derecho de sociedades.....	295
D. EL INTERÉS SOCIAL Y EL INTERÉS CONCURSAL.....	297
a) la contradicción del concepto plural de interés social en crisis.....	297

b) <i>La protección del acreedor en la proximidad a la insolvenencia como fin concursal</i>	299
c) <i>Interes concursal y preconcursal</i>	300
E. <i>LA ALINEACIÓN DE INTERESES EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA: INTERÉS SOCIAL E INTERÉS DE LOS ACREEDORES</i>	302
a) <i>Intereses de los socios y acreedores como intereses incompatibles</i>	302
b) <i>Problemas de compatibilizar intereses</i>	303
c) <i>La adopción de medidas incompatibles con el interés social</i>	305
F. <i>INTERÉS SOCIAL, CREACIÓN DE VALOR Y MAXIMIZACIÓN DEL VALOR DE LA EMPRESA</i>	306
II. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS	
1. Los deberes del administrador como <i>deberes fiduciarios</i>	309
2 El deber de protección del acreedor en la proximidad a la insolvenencia ...	311
A. <i>DEBERES PRECONCURSALES EX LEGE</i>	311
B. <i>DEBERES PRECONCURSALES DEL ADMINISTRADOR COMO PARTE CONTRACTUAL</i>	312
3. Inadecuación del interés social como mecanismo de defensa del acreedor ante la proximidad a la insolvenencia	313
A. <i>EL PREDOMINIO DE LA PERSPECTIVA CONTRACTUALISTA</i>	313
B. <i>LA ATENCIÓN DE OTROS INTERESES EN CRISIS SOBRE LA BASE DE LA BUENA FE.</i>	317
 CONCLUSIONES	 320
 BIBLIOGRAFIA	 328

ABREVIATURAS

AktG	AKTIENGESETZ
BGB	BÜRGERLICHES GESETZBUCH
GMBH	GESETZ BETREFFEND DIE GESELLSCHAFTEN MIT BESCHRÄNKTER HAFTUNG
CA	COMPANY ACT
CC	CODIGO CIVIL
CCo	CODIGO DE COMERCIO
CE	CONSTITUCION ESPAÑOLA
CNMV	COMISION NACIONAL DEL MERCADO DE VALORES
ET	ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES
IA	INSOLVENCY ACT
InsO	INSOLVENZORDNUNG
LC	LEY CONCURSAL
LEC	LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL
LMV	LEY DEL MERCADO DE VALORES
LOPJ	LEY ORGAICA DEL PODER JUDICIAL
LSA	LEY DE SOCIEDADES ANÓNIMAS
LSC	LEY DE SOCIEDADES DE CAPITAL
LSRL	LEY DE SOCIEADES DE RESP. LIMITADA
LT	LEY DE TRANSPARENCIA
RSC	RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA
RSE	RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL
STS	SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO
STC	SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
TS	TRIBUNAL SUPREMO
TC	TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

INTRODUCCIÓN

La situación de crisis global de los últimos tiempos ha desencadenado un considerable incremento del número de empresas en insolvencia, lo que ha despojado a los procedimientos concursales de un carácter hasta entonces singular, para convertirlos en fenómenos múltiples, normalizándose en las relaciones comerciales como una situación frecuente entre las empresas, que ha marcado el planteamiento de unas diferentes pautas de actuación. Esta circunstancia ha favorecido el surgimiento de algunos problemas que emergen del marco jurídico de regulación de la insolvencia empresarial de nuestro Ordenamiento, y entre ellos, y muy especialmente, determinados problemas de coordinación entre el derecho de sociedades y el derecho concursal. El presente trabajo aborda dichos problemas de coordinación desde la perspectiva de los deberes fiduciarios de los administradores en situaciones de crisis empresarial, pero en su fase preconcursal, es decir, el estudio de dichos deberes en un momento de límites difusos, donde la insolvencia de la sociedad todavía no es clara o no ha desplegado sus efectos jurídicos, en una fase previa a la apertura del concurso, pues a partir de entonces son las propias normas de la Ley Concursal las que preceptúan los deberes de los administradores.

Cuando la prosperidad económica proporciona un marco de productividad y buenos resultados empresariales, las relaciones comerciales entre empresas en el tráfico mercantil fluyen sin mayores problemas que los ordinarios propios de las relaciones contractuales. En tales situaciones las compañías buscan su ventaja en el mercado siguiendo muy diversas estrategias de motivación de trabajadores, fidelización de clientes, proveedores, y en general, tienden a favorecer la relación con cualquier acreedor necesario para el buen funcionamiento de la empresa. Para ello no es infrecuente que dentro del espíritu empresarial se contemple la aplicación de una parte importante de los resultados empresariales a cultivar y fidelizar tales relaciones comerciales, por la maximización de valor que ello tiende a producir, con lo que se espera que termine por revertir en un incremento del propio beneficio empresarial directa o indirectamente, a medio o largo plazo. Y tampoco es infrecuente que se persigan fines tendentes a favorecer intereses de carácter general en la búsqueda de optimizar la imagen corporativa de la empresa frente al público, consumidores o potenciales clientes, como un componente más de la política de publicidad y marketing, en aras de una buena imagen empresarial. Sobre esta base es sobre la que, ya desde hace varias décadas, se ha venido desarrollando en el ámbito del derecho mercantil y de la economía de la empresa, la idea de la Responsabilidad Social Corporativa (o Empresarial RSC/E), como mecanismo de maximización de valor.

El problema surge cuando la insolvencia y la iliquidez acechan en el horizonte, y la crisis da muestras de su presencia amenazando con el naufragio empresarial. Cuando la situación de crisis empieza a desplegar sus efectos en el horizonte con dificultades financieras, y la insolvencia se antoja próxima, la liquidación y disolución empiezan a ser un riesgo que puede evidenciar el fracaso en la dirección de la aventura empresarial. En este marco de pelilgrio y de carencias, la asignación de recursos a otros intereses mediatos o externos, ya no son una prioridad, y las relaciones entre la sociedad y los grupos de interés de individuos que con ella se relacionan dejan en algunos casos de ser el objetivo esencial, pues todos los recursos y esfuerzos serán necesarios para seguir una estrategia de salvamento de la empresa. Y para ello, en muchas ocasiones, será necesario sacrificar el interés de determinados grupos (como por ejemplo reducción de plantilla, suspensión de los pagos, postergación de las deudas peor garantizadas, desatención de determinados compromisos en beneficio de otros más prioritarios, etc.), que antes eran importantes no sólo para la creación de valor empresarial, sino también para el propio funcionamiento regular de la empresa, pero que ahora, con la amenaza de insolvencia, son costes necesarios de reducir o posponer, e intereses de necesario sacrificio.

Cuando la crisis es grave y la insolvencia inminente, los socios, para salvar su inversión, estarán dispuestos a apoyar estrategias de riesgo de los activos subsistentes - para salvar a la empresa- arriesgando con ello los créditos de los acreedores. En las situaciones en que la insolvencia todavía no es actual, la normativa concursal todavía no regula la protección de los acreedores. En este marco, a los socios –como beneficiarios directos de la sociedad- les interesará por un lado no informar a los acreedores del alcance de la crisis empresarial por el efecto que dicho conocimiento podría suponer en el abandono de los apoyos necesarios para el funcionamiento que permita la superación y salida de la crisis. Ello implica estar dispuesto a acometer determinados proyectos de inversión subóptimos (que en condiciones normales no se asumirían dada la desproporción rentabilidad y riesgo) o inversiones de alto riesgo, pues no es ya su aportación la que arriesgan (que ya está perdida), en contra del interés de los acreedores, a quienes les interesará más que se sigan políticas conservativas, que aunque no salven la empresa, si puedan, al menos satisfacer parcialmente los créditos en riesgo. Ello desvela un conflicto entre socios y acreedores, y en dicho fuego cruzado de intereses en conflicto, no se podrán satisfacer determinados intereses sin postergar otros, difícil marco en el que ha de desempeñar su papel el administrador como órgano ejecutivo y de representación de la sociedad, dictando las directrices que se habrán de seguir en la persecución del interés social.

Cuando la insolvencia es actual y se abre el concurso no habrá más problema en cuanto a la conducta a seguir por parte del administrador diligente, pues la normativa concursal es clara, y el interés concursal sustituirá al interés social, donde las normas concursales marcan una actuación tendente a satisfacer el interés de los acreedores concurrentes, para que éstos no pierdan sus créditos en una “huida hacia delante” por parte de los directivos de la sociedad deudora. Pero cuando, pese a la existencia de crisis, todavía no se han cumplido los presupuestos objetivos del concurso, el administrador deberá elegir dentro de este entorno de “fuego cruzado”, cuál de los intereses en conflicto es el más digno de protección, y con ello cuál es el interés que se va a ver lesionado: ¿el interés de los acreedores a cobrar sus créditos, o el interés de los socios a arriesgar el patrimonio empresarial en busca del salvamento empresarial, como

manifestación de la libertad de empresa? El administrador deberá determinar que interés es el que se encuentra más protegido por su deber de diligente desempeño del cargo, con el correspondiente riesgo de responsabilidad frente al grupo de interés que termine postergando. Así se plantea el problema de cuáles son las pautas de conducta que han de seguir los administradores diligentes en las situaciones de proximidad a la insolvencia. En tal sentido, uno de los planteamientos que se hacen en este trabajo se dirige al estudio del concepto de interés social como fin de la actividad gestora del administrador en empresas en crisis, en el aspecto de si dicho concepto ha de comprender exclusivamente el interés de los socios, o si por el contrario puede comprender otros intereses más allá de la sociedad, que incluyan a otros grupos de interés como proveedores, trabajadores, acreedores en general, que justifiquen una determinada protección de dichos grupos de interés por parte del administrador en la proximidad a la insolvencia.

En este estudio del concepto de interés social como fin de la actividad gestora en situaciones de crisis, en primer lugar, se hace un análisis de la tutela preventiva del crédito en el ámbito del derecho privado, analizando cuáles son los principios rectores de la teoría general de las obligaciones y contratos, en lo referente al reparto contractual del riesgo, acerca de cuáles son los deberes y cargas propias de cada una de las partes contratantes, y esencialmente acerca de los deberes informativos y del control de la solvencia futura de sus créditos, lo que se trata en el primer capítulo de este trabajo.

En el segundo capítulo se aborda la cuestión del crédito desde la perspectiva del derecho de sociedades. En tal sentido, se estudia la cuestión de si la naturaleza y estructura societaria justifican una alteración de los criterios generales de la tutela preventiva del crédito. Para ello, se divide el estudio en dos partes. Una primera relativa al estudio del *hermetismo patrimonial* de la sociedad, cuyo papel limitador de responsabilidad como principio esencial del sistema, ha desembocado en innumerables ocasiones en la lesión de la relación crediticia, lo que ha dado lugar al problema de los llamados “abusos” de la personalidad jurídica. Y una segunda parte relativa a la alteración que supone la estructura orgánica del administrador en el tradicional esquema de la relación obligatoria como esquema bipolar (deudor-acreedor). Con la naturaleza y estructura orgánica societaria se ponen de manifiesto una pluralidad de intereses en conflicto inherentes a la sociedad de capital (cuya solución ha venido a través del desarrollo del buen gobierno corporativo desde una perspectiva *ad intra* –propiedad vs control-, y también del desarrollo de la RSC desde una perspectiva *ad extra* –socios vs otros grupos de interés-), lo que ha dado lugar al desarrollo de nuevos postulados en el histórico debate sobre el concepto de interés social como elemento que orienta la actividad gestora del administrador, desde nuevas perspectivas de discusión.

Una cuestión esencial es el tema de la coordinación del derecho de sociedades y derecho concursal, que se abordará en el tercer capítulo, desde la perspectiva de los deberes del administrador y su responsabilidad (como dos caras de una misma moneda) y como eje central del estudio jurídico que se efectúa. En ello, se analiza la legislación existente nacional y comparada, y principalmente la regla anglosajona del *wrongful trading*, dada la influencia de la norma en todas las legislaciones europeas, como regla esencial en la delimitación de los deberes de los administradores en las fases previas al concurso. En el análisis de los deberes fiduciarios del administrador en la proximidad a la insolvencia adquieren importancia determinados deberes informativos y de conservación patrimonial que se deducen del marco jurídico examinado, lo que puede

determinar, por un lado, la exigencia de una responsabilidad al administrador por inobservancia del interés de los acreedores mediante el ejercicio de una acción (individual o por deudas) de responsabilidad, y por el lado opuesto, una amenaza de responsabilidad mediante el ejercicio de la acción social en que pudiera incurrir por inobservancia del interés de los socios (como manifestación del interés de la sociedad).

En el cuarto y último capítulo se pretende indagar acerca de la posible existencia de determinados deberes fiduciarios de los administradores respecto a los acreedores sociales en las situaciones de proximidad a la insolvencia, y si ello -como se ha propuesto desde algún sector doctrinal- resulta posible a través de una interpretación amplia del concepto de interés social, que diera cabida no sólo al interés estricto de los socios, sino también a otros grupos de interés. Con ello se tratará de abordar desde una perspectiva crítica la cuestión del concepto pluralista del interés social como fin de la actividad gestora del administrador en situaciones de crisis, sobre una base fundamental, que es por nuestra parte, la de entender que dicha concepción pluralista puede suponer una quiebra de los postulados esenciales sobre los que se asienta el derecho societario. La conclusión a la que llegaremos tras recorrer el camino propuesto se orienta en la opinión de entender que en nuestro sistema la concepción más coherente es la que entiende el interés social como el interés de los socios en su conjunto-entendido como interés de la sociedad-, pues la protección de otros grupos de interés debe corresponder a otras áreas del ordenamiento más apropiadas para la tutela de dichos intereses, por lo que no parecerá justificada una actuación de los administradores en defensa de los acreedores, sobre la base del interés social. Por tanto, el régimen de responsabilidad de los administradores por la lesión de estos créditos deberá extraerse de las normas generales del ordenamiento –delimitación de supuestos sobre la que indagaremos en la proximidad a la insolvencia-. Todo ello, por supuesto, en tanto en cuanto no sea efectiva la insolvencia empresarial, pues apartir de entonces el interés social como criterio de actuación del administrador será sustituido por el interés concursal, siendo éste el que venga a proteger el interés de los acreedores concurrentes.

CAPÍTULO PRIMERO.

LA TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO

I. INSOLVENCIA Y TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO. 1. La importancia de protección del derecho de crédito frente a la insolvencia del deudor. 2. Insolvencia y responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC. 3. Los mecanismos de defensa del crédito frente a la insolvencia. 4. El principio de protección de la confianza con base en la buena fe y orden público económico. 5. La tutela del crédito: el control. **II. LA CARGA DEL ACREEDOR EN EL CONTROL DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR.** 1. La asunción de deuda 1206 CC. 2. La responsabilidad en la cesión de créditos del art. 1529 CC. 3. El vencimiento anticipado por insolvencia sobrevenida: artículo 1129.1º CC. 4. Conclusión: la carga del acreedor de proteger su crédito. **III. LOS DEBERES DEL DEUDOR DE INFORMACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA SOLVENCIA.** 1. Los deberes de información. *A. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN. a) Régimen general de los deberes precontractuales de información. b) Los deberes informativos en la protección de consumidores y usuarios. B. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL ACERCA DE LA SOLVENCIA. C. LOS DEBERES CONTRACTUALES DE INFORMACIÓN EN LOS CASOS DE MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS.* 2. La conservación de la solvencia. *A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DEBER DEL DEUDOR EN LA CONSERVACIÓN DE SU SOLVENCIA. B. LA ACCIÓN REVOCATORIA Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SU INSOLVENCIA.* **IV. EL RIESGO DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR.** 1. El contrato como instrumento de distribución del riesgo. 2. La asunción de riesgos. *A. EL RIESGO DE INSOLVENCIA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA. a) El riesgo de la prestación. b) El riesgo de insolvencia del deudor. B. LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DEL RIESGO: VOLENTI NON FIT INIURIA. a) Grupos de casos en la asunción de riesgos. b) la asunción del riesgo por el acreedor.* 3. Conclusión: La carga del acreedor de velar por el riesgo de insolvencia del deudor.

I. INSOLVENCIA Y TUTELA PREVENTIVA DEL CRÉDITO

1. La importancia de la protección del derecho de crédito frente a la insolvencia del deudor

La tarea del estudio de los deberes del administrador en las situaciones de crisis empresarial, lleva consigo la necesaria consideración de varias perspectivas, pues el administrador, no sólo es órgano de gestión de la sociedad, sino también representante de la misma, que toma parte en construcción de las relaciones jurídicas que la sociedad necesariamente mantiene para su funcionamiento. La crisis empresarial como situación de riesgo del derecho de crédito, se erige como cuestión esencial, pues la insolvencia

determina la lesión del mismo, y por tanto la lesión del haz de relaciones jurídicas que subyacen al funcionamiento de la sociedad. Por ello, el primer aspecto relevante de atención es la relación crediticia en si misma y desde la perspectiva del tratamiento de la insolvencia en el derecho privado, tanto desde los mecanismos encaminados a proteger el crédito, y en especial la solvencia del deudor, hasta el análisis de los derechos, deberes y cargas de cada una de las partes de la relación crediticia, para el buen fin de la misma, es decir, para la evitación de la insolvencia.

El derecho de crédito del que es titular el acreedor es uno de los elementos configuradores de la relación obligatoria, y representa la perspectiva antagónica del deber de prestación del deudor. La relación obligatoria se ha definido ya desde sus orígenes como un vínculo jurídico¹ entre las partes (ya sean dos o más), que conecta el deber de prestación del deudor con el derecho del acreedor a reclamar la prestación debida². Esa doble perspectiva entre deudor y acreedor que se manifiesta como deber y derecho, da lugar a la proyección de los conceptos de crédito y deuda, que se instituyen como las dos caras de una moneda: la obligación. Con este derecho del acreedor a la prestación, según DIEZ-PICAZO³, estamos ante un auténtico derecho subjetivo, en el que su titular no cuenta únicamente con una acción judicial de reclamación, sino que cuenta con un verdadero poder jurídico para exigir su satisfacción, mediante una serie de facultades heterogéneas que le permiten defender su crédito, no sólo frente al deudor, sino también frente a terceros. De todos estos mecanismos, los tendentes a la conservación de la solvencia del deudor, adquieren un papel especial, pues a la insolvencia del deudor le es inherente la lesión del derecho de crédito⁴.

El conjunto de facultades relativas⁵ de las que dispone el deudor para ver satisfecho su crédito, es eficaz desde el momento en que existe una responsabilidad del deudor, que le desincentive a incumplir su obligación. De ahí que reconozcamos la responsabilidad como piedra angular del derecho de crédito, y como elemento inseparable del propio débito⁶. La concepción dual de la obligación ya fue advertida

¹DIEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol II. Sexta edición. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, p. 66 y ss., respecto de lo que se establece en el Digesto de Justiniano “*obligatio est iuris vinculum quod necessitate adstringimur alicuius solvendi rei*.”

² GIORGI habla de cinco requisitos esenciales: 1º vínculo de Derecho, 2º deudor, 3º acreedor 4º prestación y 5º forma jurídica, vid. en COSSIO, Alfonso de, COSSIO, Manuel de; LEÓN, José. *Instituciones de derecho civil. Parte general obligaciones y contratos*. Madrid: Civitas, 1988. p. 283. En parecidos términos define ALBALADEJO como vínculo jurídico que liga a deudor y acreedor para la realización de una prestación “*para la satisfacción de un interés [...] digno de protección*”, en ALBALADEJO, M. *Derecho Civil II: Derecho de obligaciones. Volumen segundo: Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. decimotercera edición. Barcelona: Bosch, 2008, p.15. LACRUZ se refiere a 4 elementos: vínculo, sujeto (acreedor y deudor), objeto (prestación), y causa, en LACRUZ (y otros) *Elementos de derecho civil. II Derecho de obligaciones. Vol I. Parte general. Teoría general del contrato*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2009. p. 6. Por su parte DIEZ-PICAZO se refiere a situación jurídica donde concurren un derecho subjetivo y un deber jurídico: una parte ostenta el derecho subjetivo a reclamar la prestación frente a la otra que tiene el deber jurídico de un determinado comportamiento (prestación), en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* II. ob. cit p.64.

³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...*II. ob.cit. p. 125; HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* Madrid: ESPASA CALPE, 1988. p. 32.

⁴ La insolvencia como presupuesto material de la lesión del crédito ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. “1467” en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen IV. Navarra: Civitas, 2011. p. 102.

⁵ En el sentido de que dependerá de la concreta situación del acreedor, del momento, del incumplimiento, de las garantías específicas, etc... en cada caso concreto para disponer de unas medidas u otras donde existen medidas generales.

⁶ La configuración de la responsabilidad como garantía coercitiva básica, que tiende a incentivar el cumplimiento, -la efectividad del crédito, que en caso de no ser satisfecho será compensado o resarcido con un equivalente económico-, permite que se pueda hablar del crédito como objeto patrimonial, es decir como objeto o elemento de negocios jurídicos, donde los sujetos de la relación obligatoria comercian y negocian incluyendo en la contratación el plazo y el riesgo del cumplimiento de la prestación. Así entendido el crédito entra a formar parte esencial, no sólo en el

con el trabajo de los romanistas decimonónicos⁷, pero es en el seno del estudio historicista en los países germánicos en el que se desarrolla la bifurcación entre deuda (*Schuld*) y responsabilidad (*Haftung*)⁸. Toda obligación comprende ambos elementos⁹: un débito o deuda que se corresponde con la prestación debida o pretensión del acreedor (1088 CC); y responsabilidad, como mecanismo que sirve para garantizar, o bien el cumplimiento efectivo, o bien el resarcimiento del incumplimiento (1911 CC), lo que se determina el principio de garantía patrimonial del deudor. Tal es así, que deuda y responsabilidad son elementos de la obligación separables conceptualmente¹⁰, pero imprescindibles en el sentido de que en caso de faltar alguno no estaríamos ante auténticas obligaciones jurídicas (el obligado debe y responde¹¹). Pero para que la responsabilidad opere eficazmente es necesaria la existencia del patrimonio del deudor, es decir, la solvencia del responsable, pues en caso contrario la garantía patrimonial deviene ineficaz. La insolvencia determina el fin de la garantía patrimonial, pues una vez consumida ésta ya no quedan más vías para ver satisfecho el crédito, más que esperar a que el responsable alcance mejor fortuna. De ahí, la importancia de los mecanismos tendentes a la conservación de la solvencia del deudor, y de los principios encaminados al reparto de cargas y deberes de cada una de las partes en tal sentido, es decir, la solvencia necesaria para la satisfacción en el cumplimiento de la obligación, que determina el buen fin del negocio.

La importancia de la cuestión se aprecia cuando entendemos la trascendencia del derecho de crédito en las sociedades modernas, por la esencial función que desempeña, no sólo en el intercambio privado, sino también en el tráfico en masa, y por tanto, en la transformación del mundo moderno, donde la masificación y reiteración, del negocio jurídico mediante la autonomía de la voluntad (1255 CC), se convierte desde el punto de vista jurídico, en piedra angular del sistema capitalista¹². La insolvencia que determina el mayor grado de lesión definitiva del crédito no puede entenderse sino como un fallo del mecanismo de la autonomía privada, que requiere de especiales cautelas. La evolución social ha desembocado en una transformación del mundo moderno, donde las sociedades se encaminan a una globalización cada vez mayor, donde el uso de las nuevas tecnologías –y especialmente de las telecomunicaciones (Internet, etc.)- dictan los nuevos rumbos, de una sociedad encaminada al consumo

mercado financiero (mediante sus propios instrumentos), sino en la dinámica general de funcionamiento de las compañías mercantiles que instrumentalizan su financiación a través del crédito mediante la articulación de distintos instrumentos (letra, cheque, pagaré, etc...). Por ello, la relación obligatoria además de cumplir una esencial función de intercambio en el tráfico jurídico privado relativa a las relaciones sociales, cumple una función mercantil relativa a la configuración del sistema de financiación de las compañías.

⁷ BRINZ respecto de los conceptos de *debitum* y *obligatio*, en LACRUZ, *Elementos...* ob.cit. p. 14

⁸ *Haftung* tiene un carácter objetivo y es más bien un concepto que hace referencia a la sumisión o sujeción de alguien o algo al poder coactivo del acreedor que no se corresponde exactamente con nuestro concepto de responsabilidad que es más subjetivo, y que en el derecho alemán se correspondería más bien con el concepto *Verantwortlichkeit*.

⁹ Puede darse responsabilidad sin deuda (fianza, garantías reales de terceros,...) o deuda sin responsabilidad como en el caso de las obligaciones naturales, pero en este caso, como indica ALBALADEJO, *Derecho civil II...* ob. cit. p.17, no se trata de auténticas obligaciones jurídicas, o según otros, se concibe más bien como obligaciones de protección incompleta ROCASASTRE Y PUIG BRUTAU en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob. cit. p. 79; HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. p. 41 y 68.

¹⁰ En este sentido, deuda y responsabilidad son los ingredientes de la obligación separables conceptualmente pero que carecen de autonomía e independencia en el derecho moderno, DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob.cit. p.102-103.

¹¹ ALBALADEJO, *Derecho civil II...* ob. cit. p.17.

¹² La relación obligatoria como cauce jurídico esencial de la vida económica, maximiza su importancia con la evolución social de nuestros días tendente al incremento del consumo, que se erige como pilar fundamental en la economía del bienestar, donde el incremento del intercambio -aparejado al incremento de la demanda- sirve de componente del Producto Interior Bruto como principal índice de crecimiento económico de una determinada sociedad.

masivo, mediante el desarrollo de empresas *mastodónticas*, que diseñan la estructura del mercado y donde la transformación del sector industrial al sector servicios se erige en característica de sociedad desarrollada¹³. Esta rápida transformación social ha motivado el debate en el seno de la doctrina, acerca de la validez de los antiguos esquemas del derecho de obligaciones, y acerca de la necesidad de construir una teoría general de las obligaciones acorde al mundo de acelerados cambios en el que vivimos¹⁴.

2. Insolvencia y responsabilidad patrimonial universal del artículo 1911 del CC.

La función económica de la obligación está íntimamente ligada con su carácter patrimonial. Por lo que al objeto de nuestro estudio interesa -y siguiendo la disección tradicional de la obligación en deuda y responsabilidad-, podemos referirnos a la patrimonialidad de las obligaciones proyectada en dos planos distintos: la patrimonialidad de la prestación y el carácter patrimonial de la responsabilidad. La patrimonialidad de la prestación nos interesa en la medida en que sea posible su valoración económica, pues la cuestión no ha estado exenta de polémica doctrinal¹⁵, ante el silencio del Código Civil¹⁶. Algunos autores¹⁷ se inclinan por afirmar la extrapatrimonialidad de la prestación basándose en la existencia de obligaciones extrapatrimoniales¹⁸, pues consideran que lo que ha de ser necesariamente evaluable económicamente es la responsabilidad como resarcimiento del incumplimiento, según se desprende del artículo 1101 CC; en cambio, otros autores como DIEZ-PICAZO¹⁹

¹³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob. cit. p.72 y 73.

¹⁴ En este sentido dice DIEZ-PICAZO: “la necesidad de construir una nueva teoría general que suponga una ampliación de los anteriores esquemas fácticos y que, al mismo tiempo, permita dar un trato jurídico nuevo a través de unos principios generales y de unas directrices también nuevas a la problemática económico-social de aquellos hechos que no pueden ser resueltos con los antiguos moldes normativos”, en *Fundamentos...II*. ob cit. p. 73.

¹⁵ La discusión tiene su origen en la doctrina alemana del siglo XIX en el seno de los trabajos de la Escuela Histórica, cuyos autores (encabezados por SAVIGNY) exigían que toda obligación fuera exclusivamente patrimonial, frente a los cuales se oponían otros autores argumentando la existencia de obligaciones de naturaleza moral o afectiva (IHERING y WINDSCHEIN como principales críticos al dogma de la patrimonialidad de la prestación de la Escuela Histórica, en HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. p.63. También DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob cit p. 106). En el estado actual de la cuestión, no se trata de que la prestación haya de ser necesariamente pecuniaria, puesto que es hoy unánimemente admitida la posibilidad de *obligaciones extrapatrimoniales*, es decir obligaciones jurídicas que no representan para el acreedor un interés económico, sino más bien moral, e incluso no son objetivamente evaluables o susceptibles de una valoración económica, (como puede ser el caso de obligaciones de dar una cosa determinada o hacer algo por una persona determinada, con un significado personal, u obligaciones relativas a percepciones subjetivas del acreedor), lo que no es incompatible con la posibilidad de su compensación económica, por el hipotético sacrificio que encarna la no satisfacción de la prestación debida en la esfera jurídica del acreedor.

¹⁶ La prestación ha de ser lícita posible y determinable y el artículo 1088 CC habla de dar hacer o no hacer, pero no hace referencia alguna al contenido económico o patrimonial de la obligación. HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. p. 61 y 62.

¹⁷ ALBALADEJO, *Derecho civil II...* ob cit. p.30. ya que considera artificiosa la afirmación de que la prestación no pecuniaria se puede medir en dinero. También Vid LACRUZ (y otros), ob. cit. p.14 y ss

¹⁸ El centro de la cuestión, gira en torno a la dificultad de evaluar o valorar objetivamente -en dinero- las obligaciones extrapatrimoniales. Esta dificultad es la que ha llevado a algún autor (SCIALOJA en CASTAN, ob cit p.46) a diferenciar la prestación del propio interés del acreedor como dos elementos distintos. Desde esta postura si bien la prestación es necesariamente patrimonial, es el interés del acreedor el que puede revestir un carácter extrapatrimonial. Esta posición según HERNÁNDEZ GIL, no llega a superar la doctrina tradicional romanista, pues en definitiva la prestación sigue considerándose necesariamente patrimonial (HERNÁNDEZ GIL, ob. cit. p.65).

¹⁹ En este sentido afirma: “La obligación es ante todo un cauce de cooperación de las personas dentro de la vida económica. A través de ella se trata de hacer dinámica la vida económica mediante el intercambio de bienes y la cooperación en la prestación de servicios. En la medida en que los bienes poseen carácter económico y los servicios

reconocen en toda obligación un carácter económico en las prestaciones (ya sean de dar, hacer o no hacer) por cuanto todas ellas suponen un sacrificio económico independiente de la connotación moral. No obstante, lo relevante, es la patrimonialidad de la responsabilidad como mecanismo de compensación o resarcimiento en la lesión del crédito. Establece el Código Civil que de las deudas ha de responder el deudor con sus bienes presentes y futuros según el artículo 1911.

La patrimonialidad se consagra como modo de hacer efectivo el derecho de crédito, y la acción frente al deudor irá directa o indirectamente encaminada a la satisfacción del interés en términos patrimoniales o económicos. En este sentido el deudor responde sólo con sus bienes, excluyendo cualquier agresión del acreedor sobre su persona o derechos que carezcan de carácter patrimonial. Es la *responsabilidad patrimonial universal del deudor*²⁰, de la que extraemos dos consecuencias. Por un lado el carácter resarcitorio de la responsabilidad -es decir configurado para satisfacer o reparar el crédito- descarta el carácter punitivo²¹. Por otro lado, es sobre la masa patrimonial del deudor, sobre la que recae el peso de la responsabilidad y sobre la que se ejecutará la correspondiente pretensión del acreedor, salvo la existencia de algunos límites que pueden implicar la insatisfacción del crédito, como por ejemplo, la inembargabilidad de ciertos derechos, la temporalidad de la deuda sujeta a prescripción, y esencialmente, la insolvencia del deudor, lo que representa una auténtica limitación a la responsabilidad patrimonial universal²².

Así, cuando hablamos de responsabilidad patrimonial universal nos referimos a que, por un lado, el deudor no responde en su persona sino y sólo con su patrimonio, con sus bienes presentes o futuros, y por otro lado, que es ésta la manera que encuentra el Ordenamiento de satisfacer aquellas prestaciones de carácter no económico o extrapatrimoniales que no son efectivamente satisfechas, a través de la vía de la compensación patrimonial, ya que no se trata de medir la prestación en dinero, sino de resarcir la no satisfacción de un interés digno de protección, y cuya insatisfacción representa objetivamente un sacrificio económico. Pero una vez que el deudor cae en insolvencia, la responsabilidad patrimonial deja de tener efectos, pues es inherente a la existencia de una determinada masa patrimonial del deudor. Por ello, como prevé el artículo 1911 CC al referirse a los “*bienes presentes y futuros*”, sólo cuando el deudor alcance mejor fortuna podrá efectuarse la satisfacción del interés lesionado del acreedor.

3. Los mecanismos de defensa del crédito frente a la insolvencia

determinan un sacrificio de idéntica naturaleza, puede decirse que la obligación posee siempre un carácter objetivamente patrimonial.”

DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* II ob. cit. p. 110-111.

²⁰ DE ANGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos. Capítulo I Disposiciones generales. Art 1.911”. En *Comentario del Código Civil*. p.190 y ss.

²¹ PANTALEON “Comentario al Art. 1902”, en *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia II. Madrid: 1991, p. 1971.

²² ORDUÑA MORENO, Francisco Javier. “1467...” ob cit p. 102 que indica la naturaleza de la insolvencia como presupuesto material de la lesión del crédito.

La obligación como *vinculum iuris* del que surge el derecho de crédito como derecho subjetivo²³, está encaminado a la satisfacción de su propio interés frente al deudor como obligado a realizar la prestación debida, donde lo que se pretende es el buen fin de la relación obligatoria, y donde el desenlace ideal de la relación jurídica nacida sería la realización efectiva de la prestación debida con la consiguiente satisfacción del deudor²⁴. A pesar de ello, existen ocasiones en que, bien sea por causa imputable al deudor en la búsqueda de su interés, a la mala fortuna, o incluso al propio acreedor, dicha prestación debida no se efectúa, lo que genera una lesión del derecho de crédito. Exceptuando los casos en que dicha lesión tiene lugar por causa imputable al propio acreedor, el ordenamiento establece una serie de cauces, medidas o facultades a favor de éste, que sirven para tutelar los derechos de los acreedores frente a la posible contingencia en el cumplimiento en el seno de la relación obligatoria.

La pretensión de cumplimiento, se puede entender como la acción del acreedor encaminada a que se lleve a cabo el efectivo cumplimiento de la prestación debida. Pero hay ocasiones en que dicha prestación no será posible, bien porque ha devenido en material o jurídicamente imposible (pérdida de la cosa debida, o ha devenido en ilícita, etc.), bien porque su cumplimiento suponga un gasto no razonable o desproporcionado, o bien porque se trate de un cumplimiento personal cuya ejecución depende enteramente de la voluntad del deudor y dentro de su ámbito de libertad. La acción de cumplimiento como acción declarativa de condena al deudor, para ser enteramente satisfecha, requiere de la voluntad de cumplimiento del propio deudor, lo que en caso contrario dará lugar a la ejecución forzosa²⁵, lo que no obsta para que en otras ocasiones la propia ejecución forzosa de la prestación también devenga imposible por el carácter personalísimo de la prestación, o por pérdida del objeto, etc. En esos casos en que es imposible la satisfacción efectiva de la obligación, el acreedor tendrá abierta la vía de la responsabilidad contractual²⁶ para el resarcimiento de los daños (1101 CC), sin perjuicio de aquellos casos en que la imposibilidad no sea imputable a la culpa del deudor (pues en estos casos operaría la extinción de la obligación ex art. 1182 y 1105 CC, y por tanto de la responsabilidad²⁷).

²³ DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos...* II ob. cit., p.125.

²⁴ Frente a la doctrina francesa mayoritaria -que entiende que la responsabilidad contractual nace sólo frente al incumplimiento de obligaciones nacidas únicamente de los contratos- un sector de nuestra doctrina entiende que el nacimiento de responsabilidad contractual opera ante el incumplimiento de una obligación preexistente cualquiera sea su fuente (ya sea la ley o un cuasi contrato) DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, *La responsabilidad civil*, Deusto: Bilbao, 1988, p. 23; JORDANO FRAGA, Francisco, *Responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987, p. 28 y ss..

²⁵ En este sentido, el efectivo cumplimiento de la obligación, a través de la ejecución forzosa -como mecanismo de defensa del crédito- sólo es posible con ciertos límites, ya que si bien, en lo que respecta a las obligaciones de dar, no parece que genere mayores problemas de ejecución (salvo que se trate de bienes de carácter inembargables, o...), no así respecto de las de hacer. En lo referente a conductas inmateriales de prestación de voluntad la jurisprudencia admite la sustitución de la voluntad por la declaración judicial. Si se trata de obligaciones de hacer no personales, se podrá ejecutar a su costa. El esencial problema es cuando se trata de obligaciones de hacer personalísimas, donde la identidad del deudor es esencial en el cumplimiento de la prestación.

²⁶ La llamada responsabilidad contractual relativa al incumplimiento de las obligaciones surgidas en la relación contractual, que como manifestó el TS: "*fuera de su contenido obligacional, no dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, no opera entonces la responsabilidad contractual, sino la surgida fuera del contrato*" (Sentencia del TS 1206/1994 de 5 de julio), pues en tales casos habrá que acudir a la responsabilidad *Aquiliana ex 1902 CC*. En un sentido contrario indica JORDANO FRAGA que: "*La responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal), y se convierte tendencialmente en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un interés distinto de la prestación*" (JORDANO FRAGA, Francisco, *Responsabilidad contractual...*, ob. cit., p. 142).

²⁷ Indica JORDANO FRAGA que el deudor responde de la falta de cumplimiento (1101 CC), no obstante, en el juicio de responsabilidad, el deudor responderá de la falta del resultado debido en tanto en cuanto subsista la obligación principal, y por tanto dejará de responder por extinción sobrevenida por imposibilidad de la prestación no imputable al deudor (JORDANO FRAGA, Francisco, *Responsabilidad contractual...*, ob. cit., p. 106 y 107).

En cualquier caso, el resarcimiento de los daños por incumplimiento ya sea contractual o extracontractual²⁸, es la manifestación de la responsabilidad patrimonial universal²⁹. Pero dicha garantía para el acreedor deja de ser eficaz una vez que el deudor deviene en insolvente, por lo que se requieren determinados mecanismos más allá de la propia responsabilidad patrimonial, encaminados a proteger el crédito y a prevenir la insolvencia, es decir, mecanismos de protección del crédito de carácter preventivo.

Un tipo de medidas de defensa son las encaminadas a la tutela preventiva del crédito: medidas cautelares para asegurar la efectividad de la tutela judicial (art. 721 LEC), el vencimiento anticipado por la insolvencia o por la merma de las garantías del deudor (art. 1119 CC)³⁰ y las facultades del acreedor para conservar la solvencia del deudor: intervención del acreedor en el ejercicio de derechos patrimoniales del deudor (partición de la cosa común del art. 403 CC, herencia del art. 1059 CC o aceptación de la herencia repudiada del art. 1001 CC, en la liquidación sociedad art. 1708 CC), así como la acción subrogatoria y acción pauliana del artículo 1111 CC. Otro tipo de acciones, no para conservar la solvencia, pero si encaminadas a la reparación del derecho del acreedor son: la cesión legal (*comodum representationis*) según la cual en virtud del artículo 1186 del CC se faculta al acreedor a ejercitar las acciones que el deudor tuviese contra terceros a efectos de que no se pierdan los créditos a favor del deudor-, así como la reducción de la contraprestación³¹, o la resolución por incumplimiento del artículo 1124 CC. Junto a los mecanismos de protección o reparación del derecho de crédito, se encuentran las normas concursales encaminadas a, por un lado, proteger a los acreedores frente a la insolvencia del deudor, y por otro a la tutela de los intereses de los acreedores entre si en el reparto de la masa concursal (*par conditio creditorum*). Entre las normas concursales, interesa destacar la acción de reintegración del artículo 71 LC, según la cual serán rescindibles los actos efectuados en fraude de acreedores –los efectuados a título gratuito en todo caso (*iuris et de iure*), y los realizados entre personas especialmente relacionadas o garantías reales en obligaciones preexistentes, salvo prueba en contrario-, que hayan tenido lugar en los dos años anteriores a la declaración del concurso, sin que sea necesaria la concurrencia de un ánimo fraudulento (*consilium fraudis*) para que pueda prosperar la acción³².

²⁸ Se encauza a través de la llamada responsabilidad contractual del artículo 1011 CC, y junto a ello, la responsabilidad civil extracontractual como manifestación del principio *neminem laedere* según el cual se impone la obligación, a todo aquel que mediando culpa o negligencia, causa un daño a otro, de reparar el daño causado (artículo 1902 CC).

²⁹ En tal sentido resulta ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo 731/1996 de 14 de junio: “No pueden entrar en juego los contenidos de los arts. 1101 y 1902 CC, por la simple razón de que ambos preceptos, respectivamente, regulan las consecuencias del incumplimiento en las relaciones contractuales, como en las relaciones extracontractuales, o si se quiere, siguiendo la doctrina más moderna, la responsabilidad indemnizatoria patrimonial y universal, derivadas del incumplimiento de las obligaciones contractuales y de las obligaciones nacidas de acto ilícito”.

³⁰ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* vol II. ob cit p.772-775. Otras medidas preventivas de carácter especial: en la compraventa posibilidad del vendedor de denegar la entrega de la cosa al comprador 1467 CC y suspensión del pago del 1502 CC; secuestro conservativo 1785 CC acción de deterioro del 117 LH.

³¹ Como criterio doctrinal o jurisprudencial no positivizado, pero extraído del art. 9401 en los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, DIEZ-PICAZO *Fundamentos...*II ob. cit. p.798-799.

³² Cuestión que será comentada más adelante (Capítulo III), vid. ALCOVER GARAU, Guillermo. “Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal” en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 18/2003, para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, 2003 ob cit p. 325-356; LEÓN, Francisco, “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”. en ROJO/BELTRAN. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 1297-1335. y Artículo 71”, en ROJO, A. *Comentario a la Ley Concursal*. Vol I. Madrid: Aranzadi-Civitas, 2004 p. 1304 y ss. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “La reintegración de la masa activa en la Ley concursal”. En *Las Claves de la Ley Concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. p. 347-380.

4. El principio de protección de la confianza con base en la buena fe y orden público económico

La determinación de los deberes de los deudores en torno a la cuestión de la solvencia, se debe hacer a través del principio general de buena fe -previsto de forma general en el artículo 7.1 CC (en lo relativo al ejercicio de los derechos³³) y de forma específica en las relaciones contractuales en el 1258 CC-, ya sea respecto de los deberes precontractuales de información, como de los deberes de conservación o mantenimiento de la solvencia. Por tanto, estamos ante la manifestación de la buena fe, como fuente de deberes especiales de conducta. Por ello, la buena fe, es un principio³⁴ esencial en las cuestiones que se tratan, como manifestación del orden público económico en el que se asientan la estructura y el sistema económico de la sociedad³⁵. La dificultad de ello deriva de la imposibilidad de determinar de antemano el contenido de dichos deberes, pues ello va en contra de la propia esencia de la buena fe, como criterio ético que debe operar de forma casuística como principio general del derecho³⁶. Por ello, los deberes del deudor que emanan de la buena fe, deben entenderse dentro de un amplio marco de maniobra, que dependerá de las circunstancias concretas del caso, pero cuya inspiración ha de descansar en valores como la honestidad, fidelidad y protección de la confianza suscitada por la otra parte³⁷.

5. La tutela del crédito: el control y mantenimiento de la solvencia del deudor

En lo que se pretende por ahora centrar la atención a partir de aquí, es en el espíritu de las normas del Código Civil acerca del reparto contractual del riesgo. Ello depende esencialmente de los específicos deberes de control y mantenimiento de la solvencia de cada una de las partes del negocio jurídico. Por ello, se divide el estudio en dos perspectivas, la del acreedor, en cuanto al alcance de la carga específica que ha de soportar en el control de la solvencia del deudor, donde su nivel de diligencia será relevante a efectos de determinar el reparto contractual del riesgo de insolvencia, y desde la perspectiva del deudor, respecto de los específicos deberes de información, y de conservación o mantenimiento de la solvencia, como manifestación de la buena fe contractual.

³³ El precepto alude a la buena fe en su función de limitación del ejercicio del derecho subjetivo, como indica MIQUEL GONZÁLEZ, José María “Art. 7.º 1” en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo, 1993. p. 48.

³⁴ Como indica MIQUEL GONZÁLEZ, “Art. 7.º 1” ob cit . p. 39 el mero hecho de su positivización no priva a la buena fe de su carácter de principio general universalmente reconocido, y por tanto debe operar como tal.

³⁵ Díez-PICAZO *Fundamentos...* ob. cit. p. 53y ss.

³⁶ LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Art. 1258”, en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo, 1993. p. 304 y ss.

³⁷ MIQUEL GONZÁLEZ, “Art. 7.º 1” ob cit . p. 39.

II. LA CARGA DEL ACREEDOR EN EL CONTROL DE LA SOLVENCIA DEL DEUDOR

En el Código Civil no se establecen de forma general los deberes y cargas de cada una de las partes de la relación obligatoria en lo relativo a la vigilancia de la solvencia de las partes. De la interpretación de algunos preceptos concretos, se puede intuir que subyacen determinadas normas implícitas en torno al reparto contractual del riesgo, que determinan los deberes y cargas de cada una de las partes en lo referente a la protección del crédito, y por tanto en aras del buen fin de la relación obligatoria. Esencialmente, se trata de determinar en que medida el acreedor soporta la carga de cuidar de la solvencia futura de su deudor (*caveat creditor*), tanto en la fase previa a la formación del contrato (fase precontractual), como en la vigilancia posterior de su solvencia, pues le corresponde a aquél, la defensa de sus créditos, y por tanto la iniciativa de los mecanismos de protección.

En el estudio de la cuestión, partimos por centrar la atención en los supuestos en que tiene lugar la modificación subjetiva de la relación obligatoria, es decir, los casos de cambios de deudor y acreedor. El primer caso se refiere a los supuestos de asunción de deuda³⁸ del artículo 1206 CC, como uno de los supuestos de novación³⁹, y el segundo caso se refiere a la cesión de créditos del artículo 1529, regulado dentro de la compraventa, relativo a la transmisión de créditos. Los artículos 1206 y 1529 del CC, se refieren cada uno de ellos, a la sustitución de cada una de las partes de la relación obligatoria, por lo que presentan un paralelismo, cuyo origen común⁴⁰ se pone de manifiesto en la dicción de los preceptos al referirse a la insolvencia “*anterior y pública*” como criterio determinante en la atribución del reparto del riesgo a consecuencia del negocio modificativo del que trae causa, por lo que la interpretación doctrinal se ha realizado también en un mismo sentido para ambos preceptos, por su evidente relación⁴¹. Junto a ello, se analiza el vencimiento anticipado del artículo 1129.1º CC, al respecto de las obligaciones a plazo, establece la pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo cuando éste resulte insolvente después de contraída la deuda.

³⁸ Pese a que el artículo 1206 CC es un supuesto de delegación –como el propio precepto dice: “*al delegar su deuda*”–, no obstante, parece más correcto hacer referencia a asunción de deuda, que no a delegación como es frecuentemente referida la cuestión, pues como indica SANCHO REBULLIDA, la delegación es un fenómeno más amplio que la propia novación, y en este sentido el artículo analizado –1206 CC– se refiere exclusivamente a este tipo de novación, por lo que se utiliza el término asunción de deuda. SANCHO REBULLIDA, F. “Artículo 1206”. En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p.747.

³⁹ Artículo 1203.2º del Código Civil establece la sustitución de la persona del deudor como uno de los casos de novación modificativa, junto a la variación objetiva y de condiciones principales (nº 1º), y la subrogación de tercero (nº 3), y junto a ello, la novación extintiva del artículo 1156 Y 1207 CC.

⁴⁰ Ambos preceptos, propios de nuestro derecho, fueron introducidos por García de Goyena en el proyecto de 1851 para evitar favorecer la actuación dolosa del transmitente, GARCIA CANTERO, “Artículos 1529 y 1530” en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p.724; GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Madrid: Tecnos, 1988, pp. 13, 14 y 85 y ss; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob cit p. 986-987.

⁴¹ GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía* ... ob cit. pp.14 y 79 y ss.

1. La asunción de deudadel artículo 1206 CC

Al regularse la novación en el Código Civil, en el artículo 1206 se le niega al acreedor la acción contra el deudor primitivo en caso de insolvencia del nuevo deudor “*salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda*”. El precepto se orienta a la exención de responsabilidad del primer deudor, que de buena fe, transfiere mediante un negocio jurídico la deuda a un tercero, inicialmente extraño a la relación crediticia originaria⁴². Si se parte así de que la regla general es la liberación del primer deudor, se deduce como consecuencia necesaria que corresponde al acreedor haber tomado las medidas necesarias para cuidar de la solvencia del nuevo deudor cuando emite su consentimiento en la sustitución del mismo⁴³, y por tanto, de la liberación del antiguo (“consentimiento liberatorio”⁴⁴). Todo ello, salvo en los dos supuestos que excepciona el precepto (que la insolvencia del nuevo deudor sea anterior y pública⁴⁵, o que fuera conocida por el primer deudor en el momento de delegar la deuda)⁴⁶.

Hay que tener en cuenta previamente, que para que se produzca la modificación subjetiva de la relación crediticia por sustitución del deudor (artículo 1203 CC), es preceptivo el consentimiento del acreedor (1205 CC), pues es lógico pensar que a éste, con el interés de ver satisfecho su crédito, no le convendrá la sustitución de su antiguo deudor por otro que presente menos garantías o mayores riesgos, si ello implica la total liberación del primero⁴⁷. Si dicha cuestión se analiza en el ámbito contractual⁴⁸, donde el consentimiento es elemento esencial de la relación⁴⁹, podremos advertir la necesidad de que el consentimiento del acreedor ha de estar libre de todo error excusable o dolo⁵⁰, para considerarse válido, pues en caso contrario, podría reputarse como causa de anulación del negocio (*ex* artículo 1265 CC por vicio del consentimiento). En este sentido, si el deudor primitivo oculta la insolvencia del nuevo deudor, se considera ineficaz el consentimiento, por mediar engaño, base sobre la cual se ha tratado de interpretar las excepciones a la liberación del deudor primitivo que establece el propio

⁴² VAQUERIZO PINTO, María José. “Artículo 1206”. En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil* Tomo IV (Arts. 1043 a 1264). Valencia: Tirant Lo Blanch. 2013, p. 8932, donde indica que dicha previsión se limita al caso de la sustitución por vía de delegación, donde la liberación del deudor primitivo se justifica inicialmente por el hecho de que no es éste quien toma la iniciativa en la sustitución.

⁴³ ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen III. Navarra: Civitas, 2011. p. 526, se trata de una confirmación de la relevancia del consentimiento del acreedor como hecho determinante de la distribución del riesgo derivado de la solvencia del deudor.

⁴⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob cit p.1027.

⁴⁵ La mayoría de la doctrina entiende que es “pública” la insolvencia constatada judicialmente con independencia de la insolvencia más o menos notoria o rumoreada (VAQUERIZO PINTO, M.J. “Artículo 1206...” ob cit p. 8935). Por su parte ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” ob cit p. 530, entiende por “pública” aquella que aha sido constatada judicialmente con arreglo a una acción cuyo presupuesto material de su pretensión sea la situación de insuficiencia patrimonial del deudor delegado.

⁴⁶ Excepción aplicable a cualquier negocio de asunción de deuda con eficacia liberatoria, como indica ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” ob cit p. 529

⁴⁷ SANTOS BRIZ, “Artículo 1206”. En: ALBACAR Jose Luis, SANTOS BRIZ Jaime. *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium p.393.

⁴⁸ Referente al contrato de asunción de deuda LACRUZ ob cit p. 317 y ss.

⁴⁹ En el sentido del artículo 1261 CC, que establece que “*No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes: 1º Consentimiento de los contratantes...*”. Ello sobre la base de la novación modificativa bajo la autonomía de las partes 1255CC como indica ALBALADEJO ob cit. p.339.

⁵⁰ VAQUERIZO PINTO, M.J. “Artículo 1206...” ob cit p. 8932 citando los comentarios del Proyecto de Código Civil de 1851.

precepto (anterior y pública, o conocida por él). En este sentido la sanción que establece el artículo es interpretada por DIEZ-PICAZO como ineficacia del consentimiento liberatorio de la obligación⁵¹, lo que implica la ineficacia de la liberación del deudor primitivo como consecuencia de un consentimiento viciado.

Sin entrar en profundidad en las críticas que ha sufrido el precepto⁵², en lo que de su análisis nos interesa destacar, es el hecho de que se está introduciendo una presunción⁵³ de mala fe del deudor primitivo, donde se presume que conocía la insolvencia del deudor nuevo, ya que en caso de que dicha insolvencia fuera pública y anterior, la publicidad operará en su contra, impidiendo su liberación, como si dicha publicidad sólo pudiese ser conocida por él y no por el acreedor. La incoherencia es grande, pues si la insolvencia era pública, también pudo conocerla el acreedor, o que, si éste pudo ignorarla siendo pública también podría haberla ignorado el deudor, e igualmente pudo ser conocida por el deudor sin ser pública⁵⁴. Se explica dicha perspectiva, en que el Código presupone que se trata de un convenio de deudores consentido⁵⁵, lo que implica que hay un mejor conocimiento de la situación por parte del deudor –aunque la insolvencia sea pública- y por ello una alteración de la buena fe y de la confianza contractual al no avisar al acreedor de la insolvencia del nuevo⁵⁶.

Por tanto, lo que se desprende del precepto es, por un lado, el deber general del acreedor de cuidar de la solvencia de su deudor, regla general que subyace del propio 1206 (“*no hará revivir la acción...*” dada la naturaleza contractual *ex novo*), y por otro lado, a modo de excepción, el caso de engaño (o error) invalidante del consentimiento (“*salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor...*”), por el que se desprende la existencia de cierto deber de buena fe y de información cuando la situación no es conocida por el acreedor⁵⁷.

⁵¹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* ob cit p. 1027.

⁵² Se hace exposición de ellas en SANCHO REBULLIDA ob cit p.751y ss; y también en GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p. 79 y ss en relación con el 1529 CC.

⁵³ Mientras algunos autores como ALBALADEJO ob cit p. 342 (y p.539 paralelamente respecto del 1529 CC) interpretan el precepto como una presunción *iuris tantum* de mala fe del deudor (ver tb. GUTIERREZ SANTIAGO, Pilar “Artículo 1203-1213 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (coord). *Comentario al Código Civil* (2ª ed). Madrid. 2272 p., acerca de las distintas posiciones), la mayoría de la doctrina lo considera como una presunción *iuris et de iure*, a modo de responsabilidad objetiva independiente de la existencia de culpa, GIL RODRIGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p. 46 y ss, seguido por DIEZ PICAZO. En el mismo sentido de presunción *iuris et de iure* se muestran LACRUZ ob cit p. 319 se inclina por “*atribución objetiva de responsabilidad al que desconoce lo que todos saben, y él (el deudor primitivo) debió saber*”; y SANCHO REBULLIDA ob cit p.754, basado en el origen histórico del precepto. GARCIA DE GOYENA (en los comentarios al proyecto de Código Civil de 1851) cit en VAQUERIZO PINTO, M J. “Artículo 1206...” ob cit p. 8932, entendió que cuando la insolvencia era anterior y pública se trataba de una presunción *iuris et de iure* de que lo sabía el del deudor. ORDUÑA MORENO, J. “1206...” ob cit p. 528 entiende como una presunción *iuris et de iure* de responsabilidad del deudor.

⁵⁴ SANCHO REBULLIDA ob cit p. 751; GUTIERREZ SANTIAGO ob cit 2272 p. donde se resumen las diversas posturas críticas contra la dicción del precepto.

⁵⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* ob cit p. 1027.

⁵⁶ ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” ob cit p. 528 indica que el precepto atiende prioritariamente a un fundamento de protección del crédito (como valor de realización) que se concreta en el ámbito valorativo del comportamiento del deudor primitivo.

⁵⁷ La facultad de revivir la acción implica la preexistencia de un régimen de responsabilidad por culpa (si bien suavizado por una mayor objetivación de este recurso) ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” ob cit p. 528.

2. La responsabilidad en la cesión de créditos del art. 1529 CC

Existe un evidente paralelismo del artículo 1206 CC con el 1529 CC que presenta una situación muy similar –con alguna diferencia⁵⁸- cuando regula la cesión de créditos. Establece el citado precepto, que el cedente o vendedor del crédito de buena fe responde “*de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso; pero no de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública*”.

El precepto, en primer lugar, prevé la posibilidad de que un acreedor venda a otro su crédito como dudoso, lo que implica el conocimiento del comprador y por tanto la asunción de un determinado nivel de riesgo en el precio del contrato. Fuera de estos casos (crédito dudoso⁵⁹), el acreedor primitivo no responde de la solvencia del deudor, por lo que se consagra la carga del nuevo acreedor de cuidar por la solvencia del deudor cuyo crédito está comprando, salvo pacto en contrario o -al igual que el 1206 CC- que la insolvencia fuese anterior y pública⁶⁰. Muy criticado por la doctrina⁶¹ por su difícil justificación e inteligencia, pues si la insolvencia es anterior y pública, debiera ser conocida por el cesionario. En cambio se traspassa la responsabilidad al vendedor cedente, quizá por considerar que está en mejor posición para conocer de las circunstancias que rodean al negocio.

El desconcierto de la doctrina, que al igual que con el 1206 CC, ha generado las críticas en el mismo sentido (siendo pública la insolvencia pudo ser conocida igualmente por uno u otro), también se ha interpretado paralelamente como una presunción, dando lugar a distintas posiciones. Las interpretaciones doctrinales han sido muy heterogéneas, y algunos autores consideran la insolvencia pública como la conocida por las dos partes⁶², y otros esgrimen que es sólo la conocida por el cedente⁶³ (engaño). Otros autores consideran la previsión del precepto como una presunción *iuris tantum* de que el cedente conocía la insolvencia, pero no responderá si demuestra que lo conocía el adquirente pues estuvo en su mano no comprarlo en ese caso⁶⁴. Un importante sector de la doctrina⁶⁵ entiende el precepto como una presunción *iuris et de iure*, y por tanto, que estamos ante una garantía de carácter objetiva, independiente de la de culpa, lo que significa para algún autor⁶⁶ que estamos ante una presunción de conocimiento del cedente que supone una sanción a su inexcusable descuido de no prevenir al cesionario.

⁵⁸ GONZÁLEZ PACKANOWSKA, Isabel. “Artículo 1529” en En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil* Tomo VIII. Valenia: Tirant Lo Blanch. 2013, p. 10841.

⁵⁹ Es decir, la manifestación del vendedor del crédito de la incertidumbre del buen fin del negocio, es decir de la incertidumbre tanto de la existencia o subsistencia del crédito, como de su legitimación para disponer del mismo, como indica GONZÁLEZ PACKANOWSKA, Isabel. “Artículo 1529”... ob cit p. 10837.

⁶⁰ Esta excepción tiene una función de tutela del crédito como consecuencia de la determinación de la insolvencia como presupuesto material de la lesión del crédito, como indica ORDUÑA MORENO “1467...” ob cit p. 102.

⁶¹ GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía*...ob cit p. 10 y ss; Resumen de las posiciones críticas, también en GARCIA CANTERO “Artículos 1529 y 1530”...ob cit p.724; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..II*.ob cit p. 985.

⁶² Lo que implica que la responsabilidad del cedente vendría a garantizar el mayor riesgo que asume el cesionario. Esta postura es defendida por MANRESA Y NAVARRO según GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía*...ob cit p.21 y ss.

⁶³ Ello implica necesariamente el engaño del cedente. En este sentido también SCAEVOLA-BONET, según interpretación de GARCIA CANTERO ob cit p.724.

⁶⁴ ALBALADEJO, ob cit. p. 539.

⁶⁵ GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía*...ob cit p. 46 y ss; DIEZ-PICAZO *Fundamentos..II* ob cit p.986; LACRUZ, *Elementos*...vol. 1 p.217-218.

⁶⁶ LACRUZ, *Elementos*...vol. 1 p. 217-218.

En cualquier caso, parece que la justificación de la responsabilidad del cedente reside en la ineficacia del consentimiento del cesionario por haber sido víctima de un engaño sobre la solvencia del deudor, a falta de información, lo que lleva a la correspondiente anulación del negocio por error excusable o dolo⁶⁷. Con ello -como ya se decía en el 1206CC- se presupone que en tal caso, existe un engaño por parte del vendedor del crédito al comprador, en el supuesto en que fuese anterior y pública. El artículo 348 del Código de Comercio, al regular la transmisión de créditos no endosables⁶⁸, omite la excepción de la anterioridad y publicidad haciendo responsable⁶⁹ al cedente de la *“legitimidad del crédito y de la personalidad con que hizo la cesión; pero no de la solvencia del deudor, a no mediar pacto expreso que así lo declare”*, lo que supone una elevación del nivel de diligencia del acreedor en el cuidado de la solvencia de sus créditos, respecto del régimen común del Código Civil⁷⁰.

Los artículos 1206 y 1529 CC presuponen que existe una mejor posición del transmitente en el conocimiento de la solvencia del nuevo deudor por su relación preexistente con él. Por ello, se le presume una mala fe o ánimo engañoso (sin admitir prueba en contrario), cuando la insolvencia sea anterior y pública (como si esa publicidad sólo fuera conocida por él), lo que viene a identificar la publicidad con la mala fe⁷¹. Independientemente de la crítica doctrinal a la que se ha sometido a este régimen, la cuestión que ahora interesa es desvelar el fin que hay tras ello. Es decir, lo que subyace del sentido de la excepción de la norma –insolvencia anterior y pública- es la necesidad de preservar un cierto ámbito de protección de la confianza en beneficio del tráfico basado en la buena fe⁷², lo que se traduce, en este caso concreto, en un deber expreso de informar sobre la solvencia del nuevo interviniente, en la compraventa de créditos o en la asunción de deuda. La conclusión que extraemos de ambos preceptos es, por un lado el reconocimiento como regla general de que el control de la solvencia del deudor le corresponde al acreedor que contrata, cuando la formación de la voluntad es correcta y el consentimiento no es viciado por un engaño o error excusable sobre el crédito; y por otro lado, que a pesar de ello, el transmitente del crédito (ya sea deudor 1206 o acreedor 1529) tiene un deber de actuar de buena fe, y ello implica un deber de información, bajo la sanción de ineficacia del negocio por vicio del consentimiento⁷³. La cuestión que se abordará más tarde es determinar el alcance de dicho deber de información de las partes, con carácter general, es decir, fuera de estos casos, y en colisión con la carga del acreedor relativa a velar por la solvencia futura de sus créditos.

⁶⁷ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* II ob cit p. 987.

⁶⁸ Cuyo fin es diferenciarlo del endoso, donde el endosante si es responsable del buen fin del título. Sobre ello MOXICA ROMAN, J. *La compraventa Mercantil e instituciones afines*. Navarra: Aranzadi, 2000, p. 490.

⁶⁹ Garantía de solvencia que se refiere al cobro efectivo del crédito, GARCÍA CRUCES, “La Cesión de créditos” en AAVV *Contratos Mercantiles* 2ª Edición, Thomson-Aranzadi, p.648

⁷⁰ Esta diferencia en el paralelismo de ambas disposiciones pone de manifiesto una distinta consideración según se realice la cesión dentro de un tráfico profesional o en una relación entre particulares (VERGEZ SANCHEZ, M. “La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación” en URÍA; MENENDEZ; VERGEZ *Compraventas especiales y contratos afines a la compraventa*. p.159 y 160, donde se pone de manifiesto una mayor intensidad del principio *caveat creditor* en el ambito profesional.

⁷¹ GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p. 11.

⁷² GONZÁLEZ PACKANOWSKA, I, “Artículo 1529”... ob cit 10834, destaca que del art. 1258 se desprende como consecuencia de la buena fe que incluso el cedente habrá de colaborar con el cesionario en lo que sea necesario para obtener la satisfacción del crédito.

⁷³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* II ob cit p. 987.

3. Vencimiento anticipado por insolvencia sobrevenida: artículo 1129.1º CC

De entre las facultades que ostenta el acreedor para defender su derecho de crédito, se ha hecho referencia más arriba a aquellas facultades encaminadas a la tutela preventiva del crédito⁷⁴, y dentro de estas facultades encaminadas a la tutela preventiva del crédito, junto a una serie de facultades específicas⁷⁵, se pueden enumerar como facultades de carácter general⁷⁶: las medidas cautelares (del art. 721 y ss LEC), facultades de conservación del crédito (acción pauliana y acción subrogatoria, art. 1111 CC), y la facultad del vencimiento anticipado que concede el artículo 1129 CC⁷⁷.

El artículo 1129.1º CC, al respecto de las obligaciones a plazo, establece la pérdida del derecho del deudor a utilizar el plazo cuando éste resulte insolvente después de contraída la deuda. Se basa en la posibilidad de que la situación patrimonial del deudor haga peligrar el cumplimiento de la obligación, por lo que supone una anticipación del vencimiento en beneficio del acreedor⁷⁸. En este sentido, más que tratarse de la pérdida del plazo como un beneficio, estamos ante un vencimiento anticipado o ante una anticipada exigibilidad del crédito⁷⁹, al modificarse las circunstancias que imprimen un mayor riesgo de cobro del crédito⁸⁰. Ello implica que sólo la insolvencia sobrevenida⁸¹, es decir, posterior al momento de contraer la obligación, y no la anterior, entra dentro de la previsión como mecanismo de protección del crédito ante una previsible lesión del mismo. Pero este beneficio al acreedor de exigir el cumplimiento anticipado, sólo se da en tales casos y no cuando la insolvencia fuera anterior, pues, se entiende que de ello debiera haberse cuidado el acreedor al contraer el crédito⁸². De aquí se extrae la misma idea, expuesta anteriormente, de que es el acreedor quien ha de velar por la solvencia futura de sus créditos.

La duda interpretativa, se ha planteado en los casos en que la insolvencia fuera anterior pero desconocida por el acreedor. A este respecto, en los casos estudiados en el

⁷⁴ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. Ob cit p. 127.

⁷⁵ Partición de la cosa común 403, herencia 1059 o aceptación de la herencia repudiada 1001 CC, en la liquidación sociedad 1708 CC, etc. En DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*, ob cit p.129 y 774.

⁷⁶ Sobre las facultades relativas a la tutela preventiva del crédito de carácter general, *vid.* DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. Ob cit p. 127 y 772. A estas facultades de carácter general, añade DIEZ-PICAZO la facultad de interrupción de la prescripción de la art. 1973 CC, ob cit p. 127 y las medidas de secuestro conservativo de los bienes del deudor (art. 1785,1788 CC Y 42.4º LH), ob cit p.772.

⁷⁷ CLEMENTE MEORO, Mario E. “1129” En CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen III. Navarra: Civitas, 2011. p. 248 indica que el fundamento principal del vencimiento anticipado es el de la seguridad del crédito, como consecuencia de determinados actos (que generan insolvencia) que ponen en peligro el mismo.

⁷⁸ MONTÉS PENADÉS. “Artículo 1129 CC” En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983. p.129, el derecho ayuda a quien vigila: *vigilantibus iura succurrunt*; que fundamenta porque se “pone en riesgo la legítima pretensión del deudor” (ob cit p.133); tb DIEZ-PICAZO en el sentido de la necesidad de “una protección más vigorosa” *Fundamentos...II*. ob cit p. 377.

⁷⁹ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob cit p.377.

⁸⁰ como indica MONTES PENADÉS, ob cit p.133, “sobrevenida mutación de las condiciones patrimoniales del deudor susceptibles de poner en evidente peligro [...] la prestación debida”.

⁸¹ Insolvencia que no quiere decir esperar a una falta absoluta de medios, pues de lo que se trata es de que pueda el acreedor cobrar antes de que la situación del deudor se deteriore más y no cobre en caso de que corriese el término convenido *vid.* MONTES PENADÉS, ob cit p.132; SANTOS BRIZ “Art. 1129” en *Comentario del Código Civil* vol 6. Barcelona: Bosch, 2000. p.229.

⁸² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II* ob cit p.378, “en el momento de constituirse la obligación...se arriesgó a conceder el crédito”.

apartado anterior (asunción de deudas y cesión de créditos) el Código parece tener en cuenta dicho desconocimiento para proteger al acreedor frente a la mala fe del transmitente (ya sea del crédito o de la deuda). En este sentido la dicción de este precepto 1129.1º CC, parece ser clara en el elemento objetivo de la posterioridad de la insolvencia, y el desconocimiento del acreedor no opera aquí en su beneficio⁸³, pues a diferencia de los preceptos anteriores no presupone la existencia del elemento subjetivo⁸⁴ dirigido al engaño. Todo ello, como indica DIEZ-PICAZO⁸⁵, “*encuentra su fundamento en la existencia de una carga de diligencia del acreedor, que ha debido investigar y conocer la situación patrimonial del deudor*”. Parece por tanto, que se reitera también aquí, la idea de la carga del acreedor a la hora de proteger su crédito, tanto en el momento de la formación del contrato -salvo en los casos de falsedad informativa del deudor⁸⁶-, como posteriormente durante la vigencia del mismo hasta el vencimiento, donde ha de controlar la solvencia futura del deudor (*vigilantibus iura succurrunt*), y en su caso, poner en marcha los mecanismos de protección de su crédito⁸⁷.

4. Conclusión: la carga del acreedor de proteger su crédito

Del análisis de los citados artículos⁸⁸ y de todo lo hasta aquí expuesto, se puede extraer la conclusión de que, en el ámbito del reparto contractual del riesgo, es al acreedor a quien le corresponde la carga controlar la solvencia futura de sus créditos, es decir, de la capacidad patrimonial del deudor para cumplir la prestación una vez llegado a término el plazo convenido. No obstante, de dicho análisis también se extrae un principio de protección de la confianza amparado en un deber de buena fe (1258 CC). Por ello, el control de la solvencia del acreedor sobre el deudor, puede verse limitada o completada en determinados casos, mediante determinados deberes informativos que

⁸³ MONTES PENADÉS, ob cit p.133.

⁸⁴ CLEMENTE MEORO, Mario E. “1129”... ob cit p. 249.

⁸⁵ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* II ob cit p.379.

⁸⁶ ALBACAR dice: “si la insolvencia es anterior a la obligación ésta debe ser anulable o rescindible por dicha circunstancia como concertada en fraude de los demás acreedores”. ALBACAR LOPEZ, “Comentario al Art. 1129” En ALBACAR José Luis, SANTOS BRIZ Jaime. *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, p.205.

⁸⁷ En un sentido distinto se interpreta el artículo 1467 CC que exime de la obligación de entrega del vendedor una vez transcurrido el plazo, si después de la venta se descubriera que el comprador ha devenido insolvente, “*de tal suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio*”. En el 1129 es condición imprescindible que dicha insolvencia fuera posterior a la venta, en el 1467 en cambio, que sea descubierta después. Vid. GARCIA CANTERO Gabriel. “Artículos 1466 y 1467” en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991,

⁸⁸ A los citados artículos 1206, 1529, 1129 CC, también podría añadirse cierta interpretación del artículo 1484 CC. El artículo 1484 CC establece la obligación del vendedor al saneamiento de los vicios ocultos de la cosa “*si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*”; cuestión que se basa en el error en la manifestación de voluntad que recae sobre las cualidades del objeto. Pero continua el precepto estableciendo dos salvedades: “*pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*”. En este caso, se carga en el comprador la obligación de conocer los defectos. Ha de existir por tanto un defecto de la cosa objeto del contrato, que ha de ser oculta y objetivamente desconocido (LACRUZ *Elementos...* Vol II ob cit p.48; ALBALADEJO ob cit p.509; GONZALEZ POVEDA, Pedro “2º del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida”. En *Comentario del Código Civil* Vol 7. Barcelona: Bosch, 2000. p. 408-409.). Lo que interesa de dicho precepto es una vez más la existencia de cierto grado de diligencia por parte de los contratantes que se traduce en la idea que abunda el Código Civil, de que le corresponde a cada parte velar por sus propios intereses en la celebración del negocio.

surgen en el ámbito de la formación de la relación obligatoria, por parte de los contratantes, sobre la base de la correcta formación de la voluntad como medio necesario para formar el consentimiento como elemento esencial del contrato. Ello se traduce en el deber de informar al acreedor de la insolvencia del crédito (1206 y 1529 CC), sin que ello vacíe la carga del acreedor de velar por la solvencia futura de sus créditos en los tratos relativos a la formación contractual (1129 CC).

III. LOS DEBERES DEL DEUDOR DE INFORMACIÓN Y CONSERVACIÓN DE LA SOLVENCIA

1. Los deberes de información

El acreedor tiene una carga de velar por la solvencia futura del deudor, cuando contrata y durante la propia vida del contrato. Esta carga viene determinada por los límites de determinados deberes de información del deudor en base a la buena fe contractual. Y es que hemos de partir de la inexistencia de un deber general de información, a propia iniciativa, por lo que es incumbencia de la otra parte requerir la información y velar por la solvencia del crédito. La cuestión de los deberes informativos del deudor debe partir de la diferenciación entre los deberes precontractuales de información y deberes informativos durante la vida de la relación obligatoria. Con los primeros se hace referencia a la existencia de determinados deberes informativos en la fase de formación de los contratos⁸⁹ encaminados a la correcta formación de la voluntad de las partes, cuyos límites se han de establecer acorde a un nivel de diligencia media o regular de la otra parte, sobre la que recae la carga de informarse acerca de los riesgos, circunstancias y realidad económica del negocio que se pretende realizar. Respecto a lo segundo, partiendo de la carga del acreedor de controlar la solvencia futura de su deudor, se ha de examinar si existe algún deber informativo del deudor, más allá de la fase precontractual, cuando ya se ha perfeccionado el contrato.

A. LOS DEBERES PRECONTRACTUALES DE INFORMACIÓN

a) Régimen general de los deberes precontractuales de información

Los deberes precontractuales de información, cuyo fundamento encuentran su origen en el deber general de buena fe, desempeñan una función protectora en la formación contractual, que se basa en la protección de la confianza⁹⁰ del tráfico, y en la búsqueda de la igualdad negociadora de las partes, con el objetivo de incentivar la correcta formación de la voluntad contractual⁹¹. Desde la perspectiva liberal en que se

⁸⁹ GOMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994. p.11 y ss; DIEZ-PICAZO *Fundamentos ...* vol I. ob cit p. 312 y 313

⁹⁰ El principio de buena fe supone la autorización para la búsqueda de argumentaciones en valores como la honestidad, fidelidad y protección de la confianza, como indica MIQUEL GONZÁLEZ, “Art. 7.º 1” ob cit . p. 39. vid. RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial, interpretación y error en los contratos*. Lex Nova: Valladolid, 1993, p. 169.

⁹¹ Hay que señalar que la protección de la confianza no se orienta sólo a la protección de la correcta formación de la voluntad, sino también en proteger el buen fin del contrato como interés de la otra parte que de buena fe, es ajeno a los efectos o causas del error, sobre la base de la idea de que el que padece el error debe soportar los efectos del mismo salvo que sea imputable a la otra parte, MORALES MORENO, Antonio Manuel. “Artículo 1266”, En

inspira la codificación decimonónica, no se reconoce un deber general de información, pues la esencia del comercio en el ámbito de la economía de la empresa se basa en la libertad contractual, y en la posición de igualdad de los sujetos del tráfico que determina que ninguna de las partes deba asistir a la otra⁹², pues será de cuenta de cada uno velar por sus propios intereses. Con el transcurso del tiempo en la evolución social, la desigualdad o desequilibrio entre las partes se ha acentuado en algunos sectores del Ordenamiento, lo que ha supuesto una evolución jurídica orientada a la imposición de determinadas medidas y garantías -entre ellas medidas informativas- limitando la autonomía de la voluntad, en aras de la igualdad material⁹³ y en busca del equilibrio *inter partes* (derecho de los consumidores, derecho laboral, etc...)⁹⁴. Fuera de estos ámbitos, desde la perspectiva del derecho civil, se parte de la igualdad negociadora de las partes, bajo el auspicio de la buena fe, como principio general del derecho (artículo 7.1CC) y como principio inspirador de las relaciones contractuales (artículo 1258 CC).

La razón de ser de los deberes precontractuales de información, se dirige a la correcta formación de la voluntad contractual. La errónea formación de la voluntad como resultado del suministro de informaciones falsas o inexactas, por un lado, puede determinar la ineficacia del negocio jurídico dando lugar a la anulabilidad del acto (art.1265 CC), e incluso, por otro lado, puede dar lugar a la exigencia de responsabilidad por los daños ocasionados (responsabilidad *in contrahendo*) si dicho vicio volitivo es imputable a la otra parte⁹⁵. Los vicios del consentimiento en los que desemboca una información deficiente pueden ser consecuencia, bien de una conducta dolosa⁹⁶, o bien de una apreciación errónea de las circunstancias que rodean al contrato (art. 1265 CC). Respecto del primer caso, no parece haber problema en admitir la existencia de una responsabilidad por dolo (*dolo in contrahendo*) de aquel que de mala fe induciendo a confusión a la otra parte, se aprovecha de su engaño generando con ello una lesión patrimonial, induciendo a la otra parte a celebrar un contrato mediante “*maquinaciones insidiosas*”, que no hubiese celebrado en otro caso (art. 1269 CC). También puede darse por omisión cuando se omite una información, si se sabe que se está induciendo a error a la otra parte (*dolo omisivo*)⁹⁷. El dolo habrá de ser grave, como indica el artículo 1270 CC, con lo que deja fuera aquellos casos de pequeños engaños que entran dentro de exageración normal de las bondades del negocio (*dolus bonus*)⁹⁸.

Por otro lado, el error, a diferencia del dolo, implica la formación defectuosa de la voluntad⁹⁹, no por una actitud maliciosa (“*maquinaciones insidiosas*”), sino por una

Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales. Tomo XVII, vol. 1B. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, pp.233 y 301.

⁹² GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p.13

⁹³ SHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. En *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LIX, Fascículo I, Madrid: Enero-marzo, 2006. p.33 y ss; respecto de la orientación de las disposiciones comunitarias en materia de deberes contractuales, dirigido al “*aseguramiento de la libertad de decidir*” de los contratantes.

⁹⁴ SHULZE, R. “Deberes...” ob cit p.34; GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p.17

⁹⁵ MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El Error en los Contratos*. Ceura: Madrid, 1988, p.228 y 230 (vid nota 7).

⁹⁶ Cuando el error ha sido provocado dolosamente parece que poco importa la actuación negligente de quien lo padece, pues el tener que asumir las consecuencias del error ajeno forma parte de la sanción de que es merecedora la conducta dolosa, según indica MORALES MORENO. *El Error...* ob cit p. 229.

⁹⁷ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit 41

⁹⁸ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p.42; ROJO AJURIA respecto de *mere puffs* (o autobombo), ROJO AJURIA, Luis. *El dolo en los contratos*. Madrid: Civitas, 1994. p.199.

⁹⁹ ROJO AJURIA 187 respecto de la distinción dolo y error, puede estar en que el dolo se puede basar en error o miedo, aquí nos referimos a error, pero la diferencia categórica entre ellos es la negligencia o descuido. El concepto

mala percepción de aspectos esenciales del contrato que pueden ser debidas a una mala observación o a una información deficiente (falsa o insuficiente)¹⁰⁰. Para que el error determine la anulación del negocio, la Jurisprudencia ha exigido, junto a la *esencialidad*, el requisito de la *excusabilidad*¹⁰¹, es decir, que el error no sea imputable a quien lo padece, pues: “*pudo ser evitado empleando una diligencia media o regular*” (STS de 4 de enero de 1982, y que ha de ser ponderada en función de las circunstancias del caso¹⁰²), entendiéndose que el Derecho no ha de proteger a quien no lo merece (es decir, quien actúa con negligencia). Pero desde la perspectiva que a nosotros importa, cuando el error del contratante es excusable, ello puede implicar que el error es imputable a la mala fortuna o a la negligencia de la otra parte¹⁰³. En el último caso, junto a la posible anulabilidad del contrato, existe una responsabilidad por culpa *in contrahendo*, lo que determina a *sensu* contrario la existencia de ciertos deberes precontractuales de información¹⁰⁴.

La dificultad está en la concreción del alcance de dichos deberes informativos. Sin perjuicio de la obligación expresa de información de determinados casos *ex lege* (previstos expresamente), los deberes se configuran a través de un principio general de exigencia de buena fe¹⁰⁵, que no delimita más que amplios ámbitos, donde colisiona el deber de información con la carga de autoinformarse adecuadamente. Y es que este deber de informarse adecuadamente que se desprende del funcionamiento de la autonomía de la voluntad, donde cada cual debe velar por sus respectivos intereses¹⁰⁶, subyace de la idea de que no sólo la correcta formación de la voluntad es digna de protección en el ámbito de la protección de la confianza en las relaciones contractuales, sino que también lo ha de ser la confianza generada que se provoca en la otra parte cuando se manifiesta que lo que se contrata es realmente querido, es decir, no sólo vincula la voluntad sino también lo manifestado¹⁰⁷. De aquí se extrae la distinción de los dos intereses en conflicto, la protección del error que se orienta a la invalidez del negocio por vicio del consentimiento, y la protección de la confianza de la otra parte, y cuyo interés se orienta a reafirmar la validez del negocio. A partir de aquí se han construido los diferentes criterios que determinan cual de los dos intereses en conflicto debe prevalecer en cada caso, tales como la importancia del error, su relevancia (error determinante), la imputabilidad del mismo (excusabilidad, culpa), la cognoscibilidad de la otra parte, el momento en que surge el error, etc.¹⁰⁸ De las circunstancias y de la aplicación de dichos criterios se extrae el interés prevalente, y de cuál sea este interés en cada caso, dependerá la existencia o no de concretos deberes informativos.

central del dolo indica DIEZ-PICAZO, es la insidia, que consiste en el artificio empleado con el fin de producir en otra persona un engaño. La diferencia con el error es el propósito de engañar *Fundamentos... I.* ob cit p.199.

¹⁰⁰ RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.171

¹⁰¹ Así lo indica el Tribunal Supremo en la Sentencia de 7 de julio 1981. Vid. MORALES MORENO. *El Error...* ob cit p. 217 y ss. ; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos... I.* ob cit p. 213. RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.164 y ss.

¹⁰² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos... I.* ob cit p. 216.

¹⁰³ ROJO AJURIA, ob cit p. 217 y ss.

¹⁰⁴ MORALES MORENO. *El Error...* ob cit p. 229, en relación a los deberes informativos basados en la buena fe relativos a colaborar con la otra parte para evitar el error en que pudiera incidir.

¹⁰⁵ Artículo 1258 y 7.1 CC.

¹⁰⁶ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 13.

¹⁰⁷ MORALES MORENO, A. M. “Artículo 1266...” ob cit p.233.

¹⁰⁸ En este sentido MORALES MORENO distingue entre criterios que corrigen o limitan la protección del error y criterios que limitan la protección de la confianza. Entre los primeros hace referencia al conocimiento de los motivos, a la relevancia del error, a la incorporación de los motivos al contrato, la excusabilidad del error, a la importancia, a su conexión con el objeto del contrato.; y respecto a los segundos se refiere a: cognoscibilidad del error, carácter provocado, y descubrimiento en tiempo oportuno. MORALES MORENO, A.M. “Artículo 1266...” ob cit p.236-245. vid tb RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169.

La infracción de los deberes informativos puede deberse, bien a un comportamiento activo (falsedad), o bien a uno omisivo (no informar cuando se debe informar). Mientras el primer caso ha de ser sancionado siempre, en cuanto determine una actitud dolosa o negligente, en el segundo caso la responsabilidad dependerá de que exista previamente un deber de “hablar”¹⁰⁹, por ello, el comportamiento omisivo parece plantear más dudas.

La primera duda que se plantea es determinar si puede existir en algún caso un deber informativo espontáneo, es decir, de tomar la iniciativa informativa¹¹⁰. Algunos ordenamientos son reacios a reconocer deberes de información precontractuales, como el derecho anglosajón que, si bien penaliza la inducción errónea a contratar a través de la figura de la *Misrepresentation*, sin embargo, parte de la no obligación informativa¹¹¹ (es decir, el silencio no constituye *Misrepresentation*), y por tanto la carga de vigilancia y sus efectos recaen en el contratante que no se dio cuenta del error¹¹². Para determinar a quién ha de imputarse el error habrá que ver si en las circunstancias concretas, y de la confianza generada, se puede extraer unas determinadas conclusiones de ese silencio al requerimiento informativo, que justifique o no el error.

La segunda duda que se plantea está en el hecho de si no contestar al requerimiento informativo de la otra parte podría considerarse como infracción de un deber precontractual, en exigencia de la buena fe¹¹³, sobre todo cuando la ausencia de contestación puede llevar a una apreciación errónea de las circunstancias del contrato. No obstante, ante tal inactividad, algo tendrá que ver la diligencia de la parte solicitante para no contratar frente a la ausencia informativa, salvo que se den circunstancias según las cuales se pueda entender que el silencio es lo mismo que una respuesta equivalente a que no hay nada de lo que informar, sobre todo en lo relativo a la cuestión de los riesgos -como por ejemplo el art. 10 de la Ley del contrato de seguro-. A este respecto la regulación del contrato de seguro nos ofrece alguna pista que puede resultar conveniente a tener en cuenta. El artículo 10 de la Ley del Contrato de Seguro establece el deber del tomador de declarar las circunstancias relativas a la valoración del riesgo¹¹⁴ bajo la sanción del derecho de rescisión de la aseguradora¹¹⁵ (así como reducción de la

¹⁰⁹ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 81.

¹¹⁰ Indica MORALES MORENO que cuando el error ajeno es conocido y no advertido se han de soportar las consecuencias del mismo (*El Error...* ob cit p.230), no obstante, nos surge la duda de si este caso descrito es más encuadrable en el del dolo omisivo. En cualquier caso, con independencia de su encuadre, parece coherente entender en tales casos la existencia de una obligación informativa en base a la buena fe.

¹¹¹ ROJO AJURIA ob cit p. 197 y ss, GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 82.

¹¹² ROJO AJURIA ob cit p. 199-200

¹¹³ MORALES MORENO. *El Error...* ob cit p. 230.

¹¹⁴ La finalidad es evitar que la aseguradora caiga en un error en la valoración del riesgo, y por tanto evitar que se realice una póliza sobre la base de unos datos erróneos, y por tanto la realización de un contrato no querido, como indica RUIZ MUÑOZ “Deber de declaración de riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador” en *Revista Española de Seguros*. Madrid: Enero- marzo 1991, nº 65, p. 24. Por ello estamos ante una cuestión de prevención del error como vicio del consentimiento.

¹¹⁵ El artículo 10 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro establece el deber del tomador de declarar de acuerdo con el cuestionario de la aseguradora, todas las circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. La Ley 21/1990, 19 diciembre («B.O.E.» 20 diciembre), de adaptación del Derecho español a la Directiva 88/357/CEE, sobre libertad de servicios en seguros distintos al de vida, y de actualización de la legislación de seguros privados introdujo un inciso según el cual el tomador queda eximido de tal deber si el asegurador no le somete al cuestionario, aunque se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo. En caso de incumplimiento del tomador el asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, desde que supo de la falta de contestación.

prestación en determinados casos)¹¹⁶. La configuración de dicho deber en la redacción de la Ley de contrato de seguro supuso una importante novedad respecto de su regulación anterior (art. 381 CCo.), ya que se abandona la idea de la iniciativa informativa del tomador¹¹⁷, configurándose como un deber de respuesta al cuestionario del proporcionado por la compañía aseguradora a quien se le confiere la carga de la iniciativa en la solicitud información¹¹⁸. En ello se advierte claramente el cambio de tendencia del legislador, con una intención de imponer la carga de la iniciativa a la parte contractual que se ha de beneficiar de dicha información, con el correspondiente deber de la otra parte de dar contestación a la información solicitada¹¹⁹. Bien es cierto que la relación jurídica de las partes del contrato de seguro es una relación de cierto desequilibrio negocial, deudora de una normativa que ha de tener en cuenta las especialidades que le son propias, y buen ejemplo de ello es esta configuración de los deberes informativos de las partes, donde se le asigna la carga de la iniciativa a la aseguradora, y la de contestar al requerimiento al tomador. Pero ello no significa que estemos ante una disciplina rupturista o desconocedora de las reglas del derecho civil, pues en el fondo estamos ante un desarrollo de las reglas del derecho obligaciones que integra el modo en que han de operar los deberes informativos en el contrato de seguro, cuyo incumplimiento es la posible ineficacia del contrato, lo que supone realmente una acomodación del tratamiento general de los vicios del consentimiento¹²⁰.

Para apreciar la existencia de determinados deberes informativos en nuestro Derecho, sobre la base del deber general de buena fe¹²¹, se podría atender a ciertos criterios que derivan de las circunstancias concretas de los sujetos y del objeto del contrato (como por ejemplo atender en determinados casos al requerimiento de la información, o a circunstancias especiales que alteran el equilibrio normal de las partes, como la imposibilidad de la otra parte de informarse adecuadamente, el deber de cumplir con la confianza generada, así como la profesionalidad del obligado o la complejidad del negocio, etc...)¹²². No obstante, se puede extraer que la regla general se orienta a que es deber de las partes buscar la información (autoinformarse) lo que determina que si bien existe un deber de no falsedad, por el contrario no existe un deber espontáneo de información de carácter general¹²³, salvo que se den estas circunstancias específicas que alteran el normal equilibrio, ya que la carga de informarse es de las partes a las que les corresponde velar por sus propios intereses. Por tanto, sólo determinadas situaciones de desequilibrio pueden justificar una alteración de la regla

¹¹⁶ Dicha facultad rescisoria tiene un mejor acomodo como supuesto de anulabilidad por error, dado que con la cuestión de la información de riesgo estamos ante una cuestión de vicio de consentimiento, tal y como defiende RUIZ MUÑOZ “Deber de declaración de riesgo...” ob cit. p. 31 y ss.

¹¹⁷ LATORRE CHINER, N. -“Artículo 10. Deber de declaración del riesgo.” En AAVV. Comentario a la Ley de Contrato de Seguro. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. p. 166 y ss.

¹¹⁸ SANCHEZ CALERO, F. Artículo 10. Deber de declaración del riesgo” en AAVV *Ley del Contrato de Seguro*. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 194.

¹¹⁹ Supone una carga para la aseguradora pero no una restricción o merma de la información necesaria, como indica SANCHEZ CALERO, F. “Artículo 10...” ob cit. p.195.

¹²⁰ RUIZ MUÑOZ, M. “Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal: algunos presupuestos metodológicos”. En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, 1998. p. 1124.

También vid. “Deber de declaración...” ob cit p. 31 y ss.

¹²¹ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 86-87.; MORALES MORENO indica que la buena fe obliga a no aprovecharse del error del otro contratante (MORALES MORENO *El Error...* ob cit p. 230).

¹²² GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 88 y ss.

¹²³ DIEZ-PICAZO *Fundamentos ...* vol I. ob cit p. 212 dice –haciendo referencia a GOMEZ CALLE–que se debe “...arrancar de dos premisas claras. Es la primera que corresponde a cada parte el deber de buscar la información [...] La segunda es el deber de dar respuesta a las peticiones expresas de información que la otra parte pueda formular”

general (donde podemos considerar como caso paradigmático la normativa de protección de consumidores y usuarios)¹²⁴.

b) Los deberes informativos en la protección de consumidores y usuarios.

La normativa de defensa de consumidores y usuarios establece especiales normas de protección del consumidor relativas al establecimiento de determinados deberes informativos en la fase precontractual¹²⁵ y que tiene como fundamento la correcta formación de la voluntad negocial del contratante (el consumidor). En ocasiones esta correcta formación de la voluntad requiere de determinadas medidas especiales en aras de la eficiencia del mercado (para reducir costes de transacción que se generan), por lo que se establecen normas especiales que alteran el régimen del derecho común, pero cuyo origen se encuentra precisamente en la teoría general de las obligaciones, exactamente en la correcta formación del consentimiento válido del contratante de la parte débil, por lo que ello no supone en realidad una ruptura de los principios generales del derecho civil, sino un desarrollo de dichos principios en situaciones especiales de déficit informativo. La compleja y extensa forma que a veces revisten los contratos genera deficiencias informativas que producen costes de transacción que dificultan el desarrollo del mercado. Es el caso de las condiciones generales donde la intervención normativa del legislador se dirige a la protección de la confianza del consumidor. La existencia de altos costes de transacción -es decir altos costes de información- que se generan dada la necesidad informativa y de investigación de que necesitaría el consumidor (entendimiento de largos y complejos formularios que le son impuestos) suponen una traba para el correcto funcionamiento del mercado¹²⁶. Por ello, la intervención legislativa se dirige básicamente a garantizar la confianza para adherirse a un clausulado equilibrado. Así por ejemplo el control de inclusión de las cláusulas abusivas se incardina imponiendo deberes informativos específicos respecto

¹²⁴ Como indica SHULZE, la mayoría de los deberes precontractuales de información en el desarrollo comunitario se refieren al ámbito del derecho de consumidores, debido al desequilibrio entre las partes, SHULZE, R. "Deberes..." ob cit p. 37. No obstante, en materia de protección de consumidores indica RUIZ MUÑOZ, dichas especialidades no comportan una derogación de los principios del derecho civil sino que más bien se trata de especialidades que sobre la base del derecho común, constituyen normas de desarrollo y adecuación de dichos principios a las reglas del mercado. RUIZ MUÑOZ, M. "Introducción a la protección jurídica de los consumidores" en *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. McGraw-Hill. 1999. p. 25.

¹²⁵ RUIZ MUÑOZ, M. "Introducción a la protección jurídica..." ob cit. p. 25, donde señala la existencia de distintos deberes del empresario en la fase previa (art. 39 y 40 Ley de Ordenación del comercio minorista, 13 de la Ley de Venta a plazos, antiguo art. 3 de la Ley de viajes combinados, hoy RDL 1/2007 Capítulo IV y art. 156, así como el art. 16 de la antigua Ley de Crédito al consumo, hoy regulado en el Capítulo II de la nueva Ley 16/2011 de 24 de junio) así como en la conclusión del contrato (art. 5 y 8 Ley Contrato de Seguro, etc.). Dichos deberes comparten un origen similar con el fundamento de la integración publicitaria del contrato (hoy art. 61 RDL 1/2007 Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias), y mismo argumento legitimador para los casos de la facultad revocatoria del consumidor (art. 44 de la Ley de Ordenación del comercio minorista, 9 de la Ley de Venta a plazos, o la facultad revocatoria del antiguo art. 5 de la Ley de compraventa fuera de establecimiento mercantil, hoy regulado como derecho de desistimiento de los art. 68 a 79 RDL 1/2007). Todo ello, casos relativos a la correcta formación de la voluntad contractual.

¹²⁶ PAZ-ARES, C. "Principio de eficiencia y derecho privado" En AAVV *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 3, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p.284 Y ss, son los altos costes de transacción lo que justifica la intervención del legislador en el control del clausulado, dirigido a permitir que el consumidor confíe en la existencia de un clausulado equilibrado semejante al derecho dispositivo y al que hubieran establecido unos contratantes medios, sin necesidad de que el consumidor incurra en los costes informativos que supondría desvelar íntegramente el sentido de las condiciones generales suscritas.

de determinadas cláusulas que salen del estándar medio de equilibrio, es decir, que son de dudosa aceptación del consumidor si este fuera conocedor del auténtico alcance de la misma. La función del control de inclusión de las cláusulas abusivas facilita la información del adherente, pero sin asignarle un papel esencial en la negociación, impidiendo que el consentimiento surta efectos respecto de un contenido insólito o sorpresivo que puede inducir a error al adherente¹²⁷. Ello que supone un deber o carga informativa especial respecto de determinadas cláusulas más gravosas. El objetivo es por tanto garantizar que la formación de la voluntad negocial del consumidor se desarrolle de forma válida (sin vicios del consentimiento).

Sobre el mismo fundamento informativo, pero por un camino distinto, se ha desarrollado la solución para el caso de determinadas compraventas especiales (es decir, aunque siempre sobre la base de eludir el vicio del consentimiento para la correcta formación de la voluntad contractual). En las últimas décadas han proliferado nuevos sistemas y prácticas de consumo que han modificado la dinámica del mercado tradicional, tales como la compraventa a distancia, a plazos, fuera de establecimiento mercantil, etc. En estos casos la técnica de distribución es susceptible de generar determinados costes de transacción relativos a la información del producto y certidumbre del negocio¹²⁸ (dificultad del cliente de conocer completamente el producto y confrontar las posibles ofertas alternativas), lo que genera determinadas cuestiones encardinables en un problema de error en la fase precontractual, y por tanto de vicio del consentimiento¹²⁹. La medida normativa que se establece por el legislador es el establecimiento de un derecho de desistimiento o facultad revocatoria (derecho de del art. 58-79 del Real Decreto Legislativo 1/2007, desistimiento 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, 9 de la Ley de venta a plazos etc), p. 1105). Dicha medida no va encaminada directamente a imponer un deber informativo especial al empresario, sino a permitir a la parte desinformada resolver el contrato sobre el fundamento de la posible inadecuación del producto a la voluntad real, es decir, del error como vicio del consentimiento. La norma elegida toma dicha dirección por un claro motivo de eficiencia, ya que dicha facultad reduce los costes de transacción (se reducen la inversión en búsqueda de producto, desplazamiento, etc.) de tal manera que por un lado favorece el consumo con el aumento de la competitividad por el desarrollo nuevas técnicas de distribución, evitando la prohibición de determinadas técnicas de venta, y por otro parece preferible la revocación a la alternativa de la imposición de especiales deberes informativos al empresario (que tendrían que comprender resto de productos alternativos en el mercado para evitar el déficit informativo del consumidor)¹³⁰. Por ello entendemos que ante la facultad revocatoria o derecho de desistimiento estamos ante una medida que en el fondo tiende a proteger la correcta formación de la voluntad del contratante, a través de una medida alternativa al deber especial de información.

¹²⁷ RUIZ MUÑOZ, M. "Facultad revocatoria del consumidor..." Ob cit., p. 1117.

¹²⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. "Los costes de transacción" en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez* / coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Vol. 1. CIVITAS: Madrid, 1996, p. 141.

¹²⁹ RUIZ MUÑOZ, M. "Facultad revocatoria del consumidor..." ob cit p.1116 y ss. realiza el paralelismo del control de inclusión con el derecho de revocación del consumidor, en el primero es un caso de deficiencia informativa de la forma del contrato y en los otros es deficiencia informativa por la técnica o modo de distribución. Pero, este último caso es igualmente una cuestión de vicio del consentimiento donde en vez establecer una medida especial de información directa, se opta por revocación del negocio en aras de la eficiencia del mercado.

¹³⁰ RUIZ MUÑOZ, M. "Facultad revocatoria del consumidor..." ob cit p.1106 y ss.

En la Ley del contrato de seguro también se establece un derecho específico de rescisión sobre la base de incumplimiento de deberes informativos, pero en sentido inverso, pues es la aseguradora quien dispone de dicha facultad por falta de información -léase falta de contestación del tomador-, tal y como establece el art. 10, cuando el tomador no responda a las cuestiones formuladas por la aseguradora en el cuestionario previo¹³¹. En este caso, al igual que los anteriormente descritos, tampoco estamos ante una disciplina rupturista o desconocedora de las reglas del derecho civil, sino ante un desarrollo de las reglas del derecho de obligaciones que regula las especificidades de los deberes informativos en el contrato de seguro, con la correspondiente ineficacia del contrato en caso de incumplimiento¹³².

B. INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL ACERCA DE LA SOLVENCIA

El vicio del consentimiento debido a una información defectuosa (ya sea por dolo o error) que recaiga sobre la situación económica o solvencia de la otra parte, presenta ciertas cuestiones relevantes que conviene señalar. En principio no parece haber mayor problema en admitir como causa de anulabilidad del contrato, el dolo que induce al engaño acerca de la situación patrimonial o solvencia, cuando ello sea esencial en el nivel de riesgo del negocio jurídico. Por ello, existe un deber de no suministrar información falsa (*dolo activo*), y de no contratar -o al menos de informar de ello- cuando se sabe o se cree que no se va a cumplir lo estipulado, o que los datos económicos recibidos por la otra parte no son correctos, pues también se estaría obrando de mala fe (*dolo omisivo*)¹³³.

Más comentario se requiere en el caso de error. Ya se ha señalado que son necesarias dos condiciones para poder instar la anulación del negocio: la excusabilidad (STS 4 enero 1982) y la esencialidad (que haya determinado la perfección del contrato de tal forma que sin dicho requisito no se hubiese celebrado)¹³⁴. El artículo 1266 del CC establece que el error ha de “*recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*”. Si bien la dicción del precepto es limitada, no debiera ello interpretarse en el sentido restringido o parco, sino que ha de entenderse como error aquel que recae sobre cualquier circunstancia esencial y determinante que rodee a la celebración del contrato¹³⁵, por lo que parece que se pueda entender como error invalidante aquel que recae acerca de la situación patrimonial, de la solvencia, o de los auténticos riesgos asumidos en el negocio. El segundo párrafo del artículo 1266 CC también se refiere al error de la persona “*cuando la consideración a ella hubiese sido la*

¹³¹ En tal sentido dispone el artículo 10 de la Ley del Contrato de seguro que la compañía aseguradora podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador en el plazo de un mes desde que conoció la reserva o inexactitud de la información solicitada.

¹³² RUIZ MUÑOZ, M. “Facultad revocatoria del consumidor...” ob cit. p. 1124.

También vid. “Deber de declaración...” ob cit p. 31 y ss.

¹³³ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p. 41; MORALES MORENO, *El Error...* ob cit p. 229.

¹³⁴ DIEZ-PICAZO *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 214.

¹³⁵ Como dice LACRUZ: “*permiten considerar comprendido en este tipo de error al que recae sobre las circunstancias de la prestación o servicio objeto de la obligación*” LACRUZ...ob cit p. 236. También DIEZ-PICAZO *Fundamentos ...* vol I. ob cit p. 213 y ss.

causa principal del mismo”, lo que incluye la consideración de las cualidades¹³⁶ que la persona pueda poseer, por lo que un error acerca de la condición patrimonial de la otra parte, como elemento determinante en la celebración del negocio, parece susceptible de generar la anulación del contrato.

La existencia de conductas lesivas en la fase de formación contractual acerca de la solvencia o situación económica de las partes, implica que existen deberes precontractuales de información. La lesión activa, genera por tanto deberes de no hacer, es decir, de no mentir sobre la solvencia o falsear datos acerca de ello. Respecto a la lesión de dichos deberes por omisión, la situación es más dudosa acerca del alcance de los deberes activos que genera. Si se formulan requerimientos sobre la situación patrimonial, es dudoso¹³⁷ si podría considerarse que existe un deber de contestar, sobre todo en aquellas circunstancias de donde se derive que el silencio pueda ser tomado en un sentido distinto de la realidad. En el mismo sentido, si se ha generado una relación de confianza entre las partes, no informar de una insolvencia sobrevenida, induciría a seguir contratando, en un marco que no responde a la creencia (razonablemente formada en algunos casos) de la otra parte, vulnerándose así la confianza del tráfico y la buena fe contractual¹³⁸. Pero frente a ésta se podría esgrimir como indica DIEZ-PICAZO¹³⁹ que *“No puede decirse fácilmente que una de las partes esté en el deber de informar a la otra por el hecho de que esta última se encuentre en una situación de imposibilidad o gran dificultad de obtener la información por sí misma, por razones personales, por razones de complejidad técnica o de especialización, aunque es cierto que en algunos casos, especialmente en materia de protección de consumidores, la Ley coloca en el empresario el deber de información”*. En este sentido, se pone de manifiesto que es deber de la otra parte el informarse adecuadamente y de cuidarse de contratar cuando la otra parte no contesta, o cuando la solvencia y riesgo de la operación no presenta un marco informativo seguro. La existencia del deber informativo ha de ser ponderado teniendo en cuenta la diligencia del contratante, que contrata sin una información cierta de la situación patrimonial (es decir, en la excusabilidad del error), pero también teniendo en cuenta el criterio de la cognoscibilidad de la otra parte¹⁴⁰.

Dentro de los criterios que corrigen la protección de la confianza en los casos de error esencial (y que por tanto viene a proteger a la parte que incurre en el error) se ha mencionado el criterio de la cognoscibilidad de la otra parte¹⁴¹, bajo la base de que permitir dicho error a sabiendas, no sería una conducta leal. Esta perspectiva implicaría el surgimiento de un deber informativo, cuando se sabe que la otra parte contrata bajo

¹³⁶ DIEZ-PICAZO *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 212-213, MORALES MORENO, A.M. “Artículo 1266...” ob cit.

¹³⁷ MORALES MORENO *El Error...* ob cit p.229 y ss. entiende que la buena fe impone a las partes ciertos deberes de colaboración e impide aprovecharse conscientemente del error del otro. Cosa distinta es el caso de información difícilmente obtenible o de costosa investigación en que una parte ha decidido invertir, sobre determinadas características del objeto, cuya inversión justificaría el uso propio de la información obtenida (ob cit p.231). Sobre la complejidad de la cuestión dice DIEZ-PICAZO *“la zona de investigación se torna por demás confusa”* *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312

¹³⁸ En este caso el deber emana del fruto de una confianza generada, etc, y que la otra parte a permitido, ya que *“puede existir en determinados casos el deber de destacar la medida del riesgo o la existencia de riesgos atípicos”*. DIEZ-PICAZO. *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312. Este caso entraría dentro de la función de la cognoscibilidad del error a que alude MORALES MORENO, *El Error...* ob cit. p.232.

¹³⁹ DIEZ-PICAZO. *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312.

¹⁴⁰ RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169 sobre el papel integrador de la cognoscibilidad en los casos de excusabilidad.

¹⁴¹ MORALES MORENO, A.M. “Artículo 1266...” ob cit p. 244

error¹⁴². En este sentido, podríamos afirmar que en los casos de insolvencia existe un deber de comunicar a la otra parte dicha circunstancia, -en idéntico fundamento al de la publicidad del procedimiento concursal-, pues se trata con todo, de un supuesto en el que el error es esencial ya que existen razones objetivas de que no se va cumplir la obligación contraída. En cambio, no parece tan clara la cuestión en los casos de mera dificultad económica, pues en principio cada parte deberá velar por sus propios intereses, y con ello a velar por la conservación de la solvencia del deudor, y por tanto informarse de su situación patrimonial (*caveat creditor*). En todo caso, ello dependerá del grado de crisis o dificultad de que se trate, y de la imputabilidad del error (dolo, culpa o excusabilidad del error incurrido).

Sin perjuicio de todo ello, y teniendo en cuenta los problemas que genera afirmar la existencia del deber activo de información acerca de la solvencia propia en el momento de formación de la voluntad negocial, no obstante, no cabe la duda del deber en sentido negativo, es decir, de no suministrar información falsa, pues supondría una conducta dolosa.

Fuera de los casos dudosos, en que el deber de información del deudor pugna con la diligencia propia del acreedor, no parece que exista un deber genérico de informar de la situación patrimonial espontáneamente, salvo que se sepa con certeza que no se podrá cumplir (insolvencia), o que se sepa que se está induciendo a error a la otra parte. La conclusión que extraemos es que le incumbe al acreedor velar por la solvencia futura del deudor en la fase precontractual, sin perjuicio del deber de éste, de no suministrar información falsa a su requerimiento.

C. LOS DEBERES CONTRACTUALES DE INFORMACIÓN EN LOS CASOS DE MODIFICACIÓN SOBREVENIDA DE LAS CIRCUNSTANCIAS

Aunque es cuestionable el alcance de los deberes informativos en la fase precontractual, no se puede negar la existencia de ciertos deberes en la formación del contrato cuya infracción desembocaría en una responsabilidad por daño *in contrahendo*. Más dudoso es que subsistan dichos deberes informativos una vez perfeccionado el contrato -y generadas las obligaciones, durante el transcurso del plazo hasta el cumplimiento- salvo que el propio contrato establezca específicamente dichas obligaciones o así lo establezca el régimen legal del contrato típico en cuestión (v. gr. el contrato de seguro)¹⁴³. Si admitimos ya de por sí dudoso los deberes activos de la otra parte en la fase formativa, y donde cada uno debe velar diligentemente por sus intereses, no parece que se puedan plantear obligaciones informativas, o de mantener informado a la otra parte. No obstante, se puede hacer alguna matización en algunos casos de relaciones comerciales continuadas¹⁴⁴, contratos de tracto sucesivo, o contratos complejos que se construyen mediante diversos contratos sucesivos, o contratos atípicos

¹⁴² En este caso, estamos en un supuesto fronterizo de error y dolo omisivo (vid. MORALES MORENO, *El Error...* ob cit p. 229).

¹⁴³ Así lo establece el régimen de los art. 11 y ss. de la ley de contrato de Seguro

¹⁴⁴ Empresas que habitualmente negocian entre sí, implica la creación de una confianza que puede ser generadora de determinados deberes informativos, en DIEZ PICAZO. *Fundamentos...* vol. I. ob cit p. 198-199.

como por ejemplo el de suministro o distribución¹⁴⁵. No se puede decir que exista un deber de mantener informado a la otra parte, pues le compete a cada una solicitar y consultar acerca de las vicisitudes económicas y del riesgo asumido, salvo que otra cosa se haya pactado. Y si ello se extrae de las circunstancias, es posible que de la relación de continuidad y confianza generada las partes asuman tácitamente un deber de informar al otro del cambio de las circunstancias¹⁴⁶. No obstante, parece que siempre estaremos en el ámbito precontractual en la medida de que las relaciones comerciales continuadas se componen de distintos negocios jurídicos sucesivos¹⁴⁷, y los efectos de la información no afectarán generalmente a los ya perfeccionados, sino a formar, o en su caso a evitar la continuidad o renovación de las posteriores relaciones jurídicas sucesivas entre las partes. En un sentido parecido, se encuentran aspectos de la normativa concursal, pues uno de los efectos de la declaración del concurso es la publicidad¹⁴⁸ para el acreedor de la insolvencia del deudor (art. 23 LC). Este es uno de los aspectos que puede resultar perjudicial (tanto para acreedores como para terceros) por lo que La Ley Concursal prevé la figura del concurso culpable con la correspondiente responsabilidad del deudor¹⁴⁹, por la inobservancia sus deberes respecto de la solicitud del concurso.

La cuestión que se plantea, se refiere a una perspectiva de los deberes informativos desde la aplicación de la cláusula *rebus sic stantibus*, es decir, sobre la posible concurrencia o acaecimiento de algún hecho devenido que justifique una modificación sobrevenida de las circunstancias iniciales desde la perfección del contrato, cuya base legal se ha encontrado en la buena fe contractual del artículo 1258 CC¹⁵⁰. La Jurisprudencia¹⁵¹ ha articulado a través de la cláusula *rebus sic stantibus* la posibilidad de modificar los pactos o consecuencias de los contratos, por una modificación de las circunstancias, cuando concurren algunos presupuestos¹⁵² como: imprevisibilidad de la circunstancia, excesiva onerosidad, ruptura del equilibrio contractual, y el surgimiento de riesgos que no entran en el alea normal del contrato. Sobre esta fundamentación, queda justificada según dicha doctrina, la alteración de las obligaciones inicialmente contratadas, todo ello en base a la buena fe contractual. Cuestión distinta es entender que exista un deber de las partes de mantener informada a la otra acerca de la existencia de una circunstancia sobrevenida -como pueda ser el caso de crisis económica o insolvencia-, que determine la modificación de las obligaciones pactadas. Respecto del último de los presupuestos enunciados -riesgos que no entran en el alea normal del contrato-, se refiere a aquellos casos en que las partes no han previsto la contingencia que determina la modificación sobrevenida¹⁵³. Las partes pueden haber

¹⁴⁵ El contrato de suministro como variante del contrato de compraventa, surge de la necesidad de larga duración en el tiempo de la relación contractual (SECO CARO ob cit p 408; MOXICA ROMÁN ob cit p. 496-497).

¹⁴⁶ GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p 88 y ss, sobre el argumento de que la generación de determinadas situaciones de confianza entre las partes pueden generar un determinado deber informativo por el cambio de las circunstancias.

¹⁴⁷ Sobre figuras afines a la compraventa SECO CARO, Enrique. El contrato mercantil de compraventa. Barcelona: Marcial Pons, 2009. SECO CARO, Enrique. El contrato mercantil de compraventa. Barcelona: Marcial Pons, 2009. p 404 y ss; MOXICA ROMAN ob cit p. 494 y ss

¹⁴⁸ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: la Ley, 2005. 743 y ss.

¹⁴⁹ Artículo 172 Ley Concursal 22/2003

¹⁵⁰ RODRIGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant, 2003. p143 y ss; donde hace referencia a tres tesis explicativas de la cláusula *rebus sic stantibus*: Teoría de la presuposición ob cit p.66, teoría de la base del negocio ob cit p.71, y doctrina de la imprevisión, ob cit p.76

¹⁵¹ Es muy prolífica la jurisprudencia sobre la construcción de la cláusula *rebus sic stantibus*, siendo un ejemplo de sentencias significativas: STS 28-01-1970 ; STS 17-05-1986; STS 16-10-89; STS 8-7-1991; STS 21-02-1990; STS 15-11-2000; STS 28-2-2001, STS 27-05-2002, etc.

¹⁵² AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant, 2003, p 255 y ss.

¹⁵³ AMUNÁTEGUI RODRIGUEZ, C. *La cláusula...* ob cit p. 268.

previsto la contingencia, y con ello, específicos deberes contractuales informativos. Pero en caso de tal imprevisión en el contrato, en base a la cláusula *rebus sic stantibus* (posibilidad de modificar las obligaciones), podría plantearse la existencia de un deber informativo del deudor (con posterioridad a la formalización del contrato) de comunicar ciertas contingencias -como la crisis o insolvencia- que conlleven a un perjuicio injustificado y excusable del acreedor. No obstante, es muy dudosa la existencia de dicho deber, pues no existe previsión normativa específica al respecto, y donde además, la falta de garantía patrimonial implicaría una eficacia muy restringida.

Por todo ello, se puede concluir que los deberes informativos del deudor se circunscriben a la fase precontractual, de formación del negocio, y dentro de este ámbito, y si bien se puede afirmar la existencia de un deber de no emitir informaciones falsas o que induzcan a error (completas y claras), es más dudosa la existencia de un deber general de iniciativa informativa¹⁵⁴, salvo algunas circunstancias específicas justificativas de tal deber (generación de confianza, situación de desequilibrio, etc.).

2. La conservación de la solvencia

A. SOBRE LA EXISTENCIA DE UN DEBER DEL DEUDOR EN LA CONSERVACIÓN DE SU SOLVENCIA

En el análisis del control de la solvencia en la tutela del crédito, desde la perspectiva de los deberes del deudor, y una vez visto el alcance de los deberes precontractuales de información, resta el estudio de la cuestión de los deberes del propio deudor acerca de la conservación de su patrimonio como garantía general del cumplimiento de la prestación debida. Es decir, se trata de analizar la existencia y el alcance de determinados deberes del deudor encaminados a la conservación de su patrimonio, sobre la base de la buena fe contractual, que se deduce de la máxima de que nadie puede gastar más de lo que tiene. El que contrata a sabiendas de que no va a cumplir está actuando de mala fe, e igualmente el que contrata sin ánimo de conservar su patrimonio o con intención de enajenarlo para no cumplir, ya sea en beneficio de terceros ajenos a la relación, o ya sea con ánimo de dilapidarlo, o de no cumplir, está vulnerando la obligación que impone el artículo 1258 del CC de cumplir “*todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley*”. En tal sentido el artículo 1094CC establece que “*el obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia*”. La cuestión es determinar el alcance de dichos deberes, pues extinguido su patrimonio desaparece la responsabilidad patrimonial, y por tanto todo incentivo al cumplimiento de las obligaciones civiles¹⁵⁵. Por ello, junto a las medidas preventivas que adquieren especial relevancia, el Ordenamiento introduce otras encaminadas a la reconstrucción

¹⁵⁴ DIEZ-PICAZO *Fundamentos...* vol I ob cit p. 312.

¹⁵⁵ Sin perjuicio de la responsabilidad penal que se genere. Respecto de la responsabilidad penal los artículos 258 a 260 del CP.

del patrimonio del deudor, y en especial, a través de la posibilidad de rescindir determinados actos en perjuicio de los acreedores (art. 1291.4 CC).

De entre los mecanismos de protección del crédito, como ya vimos, el Ordenamiento concede un haz de facultades al acreedor encaminadas a la conservación de la solvencia del deudor. Junto a aquellas medidas de carácter específico encaminadas a garantizar la participación del acreedor en actos de participación del deudor en masas patrimoniales comunes (artículos 403, 1059, 1512, 1708, 1937, etc. del CC)¹⁵⁶, se encuentran aquellas otras medidas de carácter general¹⁵⁷, entre las que se sitúan la acción subrogatoria y acción *pauliana* del artículo 1111 del CC, y las medidas establecidas en la legislación concursal para cuando concurren una pluralidad de acreedores¹⁵⁸.

Mientras la acción subrogatoria se configura como un remedio a la pasividad del deudor insolvente permitiendo al acreedor ejercer las acciones que el propio deudor no ejerce (pues el ejercicio de la acción forma parte de su esfera de derechos dispositivos), en cambio, la acción *pauliana* o revocatoria es un remedio a la actividad del deudor, perjudicial para el crédito, encaminado a subsanar los actos en fraude de acreedores, y por tanto de deshacer lo mal hecho. Se traduce en la posibilidad que el Ordenamiento concede al acreedor para impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho, y que se configura a través del instituto de la rescisión (1290 y ss CC). Por ello, en el planteamiento de la existencia o alcance de determinados deberes del deudor entorno a la conservación de la solvencia, se puede ello estudiar desde el análisis de la acción rescisoria como sanción que el Ordenamiento impone a las transmisiones fraudulentas, manteniendo la efectividad de la responsabilidad patrimonial¹⁵⁹.

Por su parte, el derecho concursal, como mecanismo de protección de una pluralidad¹⁶⁰ de acreedores que concurren en el reparto ordenado de la masa activa del deudor, y que responde al principio igualitario de la *par condicio creditorum*¹⁶¹, también establece determinados mecanismos de rescisión¹⁶² contractual de transmisiones patrimoniales en perjuicio de los acreedores concursales, a través de los actos de reintegración a la masa activa del artículo 71 y siguientes de la Ley Concursal. Las acciones de reintegración de la masa de la normativa concursal traslada la acción rescisoria a su ámbito, con la diferencia que supone la pluralidad subjetiva del acreedor inherente al concurso. Ello implica un aumento de facultades del juez del concurso, relativo a una mayor libertad para decidir sobre los actos perjudiciales susceptibles de reintegración, a través de una consideración objetiva del perjuicio, pues se prescinde de

¹⁵⁶ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II* ob cit p. 129 y ss.

¹⁵⁷ De entre las medidas de carácter general se encuentran junto a la acciones subrogatoria y revocatoria, el vencimiento anticipado del 1129 CC, las medidas cautelares del art.721 y ss de la LEC, el secuestro conservativo de los bienes del deudor, de los artículos 1785, 1788 CC y 42.4º LH, en DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II*. ob cit p.772-773.

¹⁵⁸ También se ha propuesto por alguna autora como MUÑIZ ESPADA la importación al derecho continental de la figura del trust anglosajón como mecanismo de vincular un patrimonio separado al cumplimiento de una obligación (MUÑIZ ESPADA, Esther *La acción revocatoria como una visicitud del concurso*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006. 284. p.25).

¹⁵⁹ En este sentido MUÑIZ ESPADA, ob cit p.22 destaca la idea de que el deudor no sólo responde con sus bienes presentes y futuros del 1911CC, sino también pasados.

¹⁶⁰ PULGAR EZQUERRA, J. La *declaración...* ob cit p.180 y ss.

¹⁶¹ PULGAR EZQUERRA, J. La *declaración...* ob cit p. 149-150.

¹⁶² LEON, F. "Artículo 71", en ROJO, A. *Comentario a la Ley Concursal*. Vol I . Madrid: Aranzadi-Civitas, 2004, p.1304 y ss; MUÑIZ ESPADA ob cit p.92 y ss.

la intención fraudulenta (*consilium fraudis*) de la acción rescisoria general (acción *pauliana* del 1111 del CC). Prescindiendo del elemento subjetivo¹⁶³, basta con demostrar la existencia de una minoración del patrimonio del concursado, para considerar el carácter perjudicial para la masa activa y proceder a la correspondiente reintegración.

La determinación de deberes de conservación de la solvencia en base a la buena fe contractual, requiere de un análisis de las consecuencias de tal incumplimiento. La insolvencia del deudor equivale a la automática lesión del crédito, y pese a que la responsabilidad patrimonial del deudor queda momentáneamente vacía, ello no implica la exoneración de responsabilidad. No obstante, determinar en que medida el deudor es responsable de su propia insolvencia, puede parecer una tautología, por la redundancia que ello supone, ya que determina el mismo efecto que la responsabilidad por el incumplimiento¹⁶⁴, que (y dejando fuera el ámbito de la responsabilidad penal) es el resarcimiento de la lesión al acreedor. No obstante, la insolvencia fraudulenta produce un efecto jurídico distinto que la propia responsabilidad por incumplimiento, que es la acción rescisoria, que además puede suponer un agravamiento o incremento de la responsabilidad del deudor, si con ello se incrementan los perjuicios, que –eso si- sólo se hará efectiva en caso de llegar a mejor fortuna.

B. LA ACCIÓN REVOCATORIA Y LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR POR SU INSOLVENCIA

La determinación de los deberes del deudor en torno a la conservación patrimonial implican una pugna entre la necesaria garantía patrimonial para el acreedor que implica el buen fin del negocio y la buena fe contractual, y la libertad del deudor, como manifestación de la autonomía de la voluntad en el ejercicio de la libertad de empresa, de la libertad contractual, y especialmente del derecho a utilizar los mecanismos para intentar salir de la crisis patrimonial¹⁶⁵. En este sentido, la regulación de la acción rescisoria por fraude de acreedores parece pretender marcar los límites de dicho ámbito. La acción pauliana se traduce en la acción de rescisión¹⁶⁶ de los actos fraudulentos del deudor en perjuicio del acreedor y en lesión del crédito, tal y como establece el artículo 1291.3º CC (relativo a los efectuados en “*fraude de acreedores*”). También el artículo 1292 se refiere a la rescisión de pagos no exigibles, efectuados en estado de insolvencia¹⁶⁷, estrechamente relacionado con el 1291.3º pues no es más que

¹⁶³ LEON, F. “Artículo 71”...ob cit p.1306-1307.

¹⁶⁴ Sobre la naturaleza resarcitoria de la responsabilidad contractual DIEZ-PICAZO *Fundamentos*...vol II ob cit p. 574-575. La misma naturaleza resarcitoria es la responsabilidad ex 1295.3 y 1298 CC como indica MORENO QUESADA “Capítulo V. De la Rescisión de los contratos” En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1981, p.175 y 213; JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Granada: Comares, 2001. p.27y ss.

¹⁶⁵ MUÑIZ ESPADA, ob cit p.49-50.

¹⁶⁶ Respecto de la acción -según la mayoría de la doctrina- se configura como un acción personal más que real, de carácter conservativo más que ejecutivo, y de carácter rescisorio o indemnizatorio subsidiariamente y no de nulidad. En este sentido DIEZ-PICAZO *Fundamentos*...II ob cit p.886; JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria*...ob cit. p.27y ss.

¹⁶⁷ Se hace referencia a deudas inexigibles y pagos anticipados (DIEZ-PICAZO, *Fundamentos*... II ob cit p.888).

una forma específica de este último, como manifestación del fraude de acreedores¹⁶⁸. La cuestión de determinar la existencia de fraude de acreedores requiere un elemento subjetivo *consilium fraudis*, o propósito de realizar el acto fraudulento que deriva del artículo 1111CC (“realizados en fraude de su derecho”). En principio, todos los actos gratuitos suponen una presunción *iuris et de iure*¹⁶⁹, pues siempre supondrá una minoración injustificada del patrimonio y por tanto una lesión de la garantía patrimonial del deudor. Respecto de los actos onerosos, se presumen fraudulentas aquellas enajenaciones efectuadas por condenados por sentencia o contra quienes se hubiere expedido mandamiento de embargo (*iuris tantum*)¹⁷⁰. Fuera de estos casos¹⁷¹ que expresamente establece el art. 1297 CC, el fraude de acreedores deberá ser probado por aquel que ejercita la acción. A estos efectos, la rescisión descansará en el concepto de *consilium fraudis* que se adopte. Las distintas interpretaciones doctrinales han variado desde aquellos que han venido defendiendo la necesaria concurrencia de un propósito manifiesto (*animus nocendi*) de la intención de perjudicar¹⁷², hasta aquellas posiciones más objetivistas¹⁷³, que considerando independiente el ánimo del deudor, niegan la necesidad de probar un especial propósito o intención fraudulenta, bastando con el simple hecho objetivo (*eventus damnis*) de la causación del perjuicio¹⁷⁴, y que resultaría la más cercana a la concepción concursal de la rescisión. Una postura intermedia¹⁷⁵ sería la que se refiere a que basta con el conocimiento por parte del deudor (*Scientia fraudis*) de que después de realizar el acto fraudulento, no le quedarán bienes suficientes para satisfacer los créditos pendientes.

Por tanto, de tal regulación se pueden deducir determinados deberes de conservación de la propia solvencia, que se traducen en una obligación de no disminuir o transferir fraudulentamente el propio patrimonio en perjuicio de los créditos contraídos, manifestación de la buena fe que implica no gastar más de lo que se tiene. La efectividad de dichos deberes estará en función de la efectiva responsabilidad que de su vulneración se extraiga. La regulación de esta responsabilidad viene establecida en el propio Código Civil en el artículo 1295.3, estableciendo una responsabilidad de carácter subsidiario¹⁷⁶, encaminada al resarcimiento del perjuicio que ocasionan los actos fraudulentos de transmisión del patrimonio, para indemnizar al acreedor cuando procediendo la acción resarcitoria de la cosa objeto del contrato, esta acción no es posible¹⁷⁷. El artículo 1295.3 CC prevé la posibilidad de reclamar al causante de la

¹⁶⁸ MORENO QUESADA ob cit p.128.

¹⁶⁹ En este sentido se decanta la mayoría de la doctrina (LACRUZ, ALBALADEJO, DE CASTRO referenciados por MORENO QUESADA, “Artículo 1297” ob cit p194). En el mismo sentido la Jurisprudencia del Tribunal Supremo STS de 16 de febrero de 1993.

¹⁷⁰ MORENO QUESADA, “Artículo 1297” ob cit p 197, tal y como se expresa la jurisprudencia en STS 3 de junio de 1967.

¹⁷¹ No son casos *numerus clausus*, cabe demostración de existencia de “fraude de acreedores” fuera de los casos del 1297 CC, como indica la STS 29 de mayo de 1985: “...el Código Civil se contrae a establecer dos casos de presunción de contratos celebrados en fraude de acreedores, pero no es limitativo ni excluyente de otros casos que puedan ocurrir” en el mismo sentido la STS de 12 de febrero de 1992.

¹⁷² DE CASTRO, LAURENT, a quienes hace referencia MORENO QUESADA ob cit 104-105.

¹⁷³ Como indica MUÑIZ ESPADA, ob cit p102 “con sistemas objetivistas las presunciones no son necesarias”, como afirmación que se puede esgrimir frente a las posturas objetivistas.

¹⁷⁴ A esta doctrina se refiere DIEZ-PICAZO Fundamentos...II ob cit p.892, quien no se muestra partidario de las tesis objetivistas.

¹⁷⁵ DIEZ-PICAZO Fundamentos...II ob cit p.892. Según este autor, fraude existe por el hecho de que el resultado sea perjudicial y el deudor lo supiera o debiera haberlo sabido, en aquellos casos en que el propósito no es perjudicar, pero hay conciencia del perjuicio que se va a causar el perjuicio.

¹⁷⁶ JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria*...ob cit p. 349 y ss; MORENO QUESADA ob cit p. 181; DIEZ-PICAZO Fundamentos...II ob cit p 893.

¹⁷⁷ El artículo 1298 CC determina la responsabilidad del adquirente de mala fe por la imposibilidad de devolverlas (sobre ello JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria*...ob cit. p.358 y ss).

lesión la indemnización de los daños en el caso de que las cosas objeto del contrato se hacen en poder de terceros adquirentes de buena fe. Es cierto que la dicción del precepto no se refiere solamente a la los casos de insolvencia, sino en general cuando la adquisición de buena fe por otros adquirentes determine la imposibilidad de la prestación inicial, lo que conlleva a la consecuente responsabilidad compensatoria del 1295 CC. No obstante cuando dichas enajenaciones generen la insolvencia del deudor dicha responsabilidad quedará inoperativa por falta de patrimonio¹⁷⁸.

Ello determina tres momentos distintos desde el punto de vista de la obligación surgida: la obligación principal que determina el derecho a la prestación del acreedor (ex 1091 CC), la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones (contractuales ex 1101 o extracontractuales 1902 CC) que tiende a reparar los daños causados por el incumplimiento, y la responsabilidad por insolvencia del 1295.3 CC que comprende además los daños producidos por el ejercicio de la acción rescisoria¹⁷⁹, todo ello a través del principio de la responsabilidad patrimonial del artículo 1911 encaminada a responder con todos sus bienes presentes y futuros. Es claro, que devenida la insolvencia, la responsabilidad patrimonial universal queda sin efecto, tanto para el cumplimiento de la obligación principal, como para el resarcimiento del incumplimiento, como para todos los daños que de los actos fraudulentos encaminados a la insolvencia determinen. No obstante, el sucesivo incumplimiento puede determinar un agravamiento continuo de los perjuicios, de los que responderá cuando llegue a mejora futura de su situación económica¹⁸⁰, pues también responde con sus bienes futuros.

En todo caso, al existir una responsabilidad que alcanza al deudor encaminada al resarcimiento de los perjuicios causados por su propia insolvencia, se puede afirmar la existencia de determinados deberes del deudor de mantenimiento de su solvencia, en base a la buena fe y que se traduce en la obligación de no incurrir en la insolvencia fraudulenta, esto es, la minoración injustificada de su patrimonio, con el conocimiento (*consilium fraudis*) de que, después de dicha enajenación, no quedarán bienes suficientes para la satisfacción de los créditos contraídos, pues es un deber del deudor conservar la prestación “*con la diligencia de un buen padre de familia*” (artículo 1104 CC)

¹⁷⁸ Salvo una mejora patrimonial futura (JORDANO FRAGA, *La acción revocatoria...* ob cit. p.359-360).

¹⁷⁹ MORENO QUESADA ob cit p. 213.

¹⁸⁰ JORDANO FRAGA *La acción...* ob cit p. 359-360.

IV. EL RIESGO DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR

1. El contrato como instrumento de distribución del riesgo

La información veraz es esencial en la formación de la voluntad contractual, pues dicha voluntad es elemento esencial del contrato a través del concepto de consentimiento libre (1261 CC). Por ello, el fallo en la información acerca de los elementos o circunstancias esenciales del contrato puede implicar la ineficacia del negocio jurídico¹⁸¹.

En la contratación, las partes valoran el riesgo y lo introducen como elemento del precio en el contrato, y en ello, han de valorar los riesgos, incluidos los que dimanen de la propia actividad de cada uno en el tráfico, que pueden llevar a la insolvencia y por tanto a la lesión del crédito. Hay así, una externalización¹⁸² del riesgo en la contratación, que tiene lugar en toda negociación. La importancia del factor cognoscitivo en la asunción del riesgo¹⁸³, supone que el acreedor, en una relación contractual sujeta a un riesgo de insolvencia -y por tanto, que contrata asumiendo implícitamente un riesgo-, debe conocer la entidad del riesgo que asume para que ese traslado del riesgo sea lícito, pues en caso contrario ello podría dar pie a la aplicación de las reglas relativas a la ineficacia contractual por vicio del consentimiento (artículo 1265 CC).

Así pues, si bien es cierto que en una relación contractual, el deudor no puede engañar u omitir información requerida que implique un vicio del consentimiento (dolo o error culpable) por una asunción de un riesgo no querido o no contratado, cuestión distinta es que el desconocimiento o error acerca del riesgo o de la solvencia de la otra parte, sea imputable a la propia negligencia del acreedor¹⁸⁴ (donde es exigible una diligencia media o regular según las circunstancias del caso¹⁸⁵). Por ello, la excusabilidad del error sirve así como criterio de reparto del riesgo¹⁸⁶.

¹⁸¹ El deber de información es independiente del error ajeno, y como indica MORALES MORENO, es un medio que tiende a la prevención del error (“Artículo 1266...” ob cit p.307). El deber de información tiene límites, que dependen de la situación de cada contratante, p.e. datos fácilmente cognoscibles (dada la profesión, o situación), pues si la información es de costosa investigación, no parece justo darla gratuitamente a la otra parte, salvo que una norma así lo prevea, o que el no hacerlo causara daños al otro. Además ello no implica atribuir cualidades al objeto que le consta que no tiene (MORALES MORENO, A.M. “Artículo 1266...” ob cit p. 308).

¹⁸² PAZ-ARES, “La infracapitalización...”. ob.cit. p. 260.

¹⁸³ SOLÉ FELIU, J.”Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado”, en *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*. p. 3109.

¹⁸⁴ La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido estableciendo determinados criterios que han constituido las reglas del reparto del riesgo (p.e. las STS 4 de enero de 1982, STS de 27 de mayo de 1982, STS de 23 de noviembre de 1989, entre otras) que se refieren a los aspectos que serán determinantes en la ponderación relativa a quien le serán imputables los riesgos del error incurrido. dichos criterios se resumen en los siguientes: Carácter excepcional del error; Imputabilidad a la otra parte (Si el error es imputable al que lo padece debe soportar sus consecuencias; y el criterio de la confianza infundida (STS 27 de octubre de 1980). Sobre dicho estudio jurisprudencial vid. MORALES MORENO A.M. “Artículo 1266...” ob cit p. 299 y ss.

¹⁸⁵ Díez-PICAZO, *Fundamentos...*I. ob cit p.215-216.

¹⁸⁶ GÓMEZ CALLE, *Los deberes...*, ob cit p.30.

Y es que, desde la perspectiva de la distribución del riesgo del contrato, y fuera de los casos de dolo, el defecto informativo no sólo opera en favor del que padece la carencia informativa, sino que también será necesario proteger la confianza del tráfico¹⁸⁷. Por ello, no sólo importa la protección del error excusable, sino que también hay otros intereses en juego, tales como la estabilidad, la seguridad y la confianza del tráfico, pues no sólo vincula la voluntad sino también lo manifestado¹⁸⁸. Así pues, la existencia de una información defectuosa, cuando no está clara la imputabilidad del error, se torna en un conflicto de intereses entre proteger el error y proteger la confianza generada, dando lugar a dos soluciones contrapuestas: ineficacia o eficacia del negocio jurídico. Estamos por tanto ante un problema de distribución del riesgo en la relación obligatoria¹⁸⁹.

El reparto contractual del riesgo ha sido materia de especial interés para el Análisis económico del derecho, cuestión que se aborda desde la perspectiva del concepto de eficiencia¹⁹⁰. Se dice desde este punto de vista, que el derecho de los contratos tiene como función (entre otras)¹⁹¹ la de asignar los riesgos a quien pueda soportarlos mejor, esto es, en la fase contractual las partes asignan o se reparten el riesgo en función de la utilidad, preferencias, la aversión al riesgo, etc.. El problema surge cuando el riesgo concreto no está previsto, ni legal ni contractualmente, por lo que el juzgador en su caso deberá designar la parte sobre la que ha de recaer el riesgo de una determinada contingencia. En ese sentido desde el análisis económico debe primar la solución en función de quien está en condiciones de gobernar a un coste más bajo la contingencia¹⁹². Es decir, la asignación del riesgo desde un análisis prospectivo, se refiere a cubrir las lagunas contractuales desde una perspectiva ex ante imaginando que es lo que hubieran pactado racionalmente¹⁹³ las partes en caso de haber previsto la contingencia.

¹⁸⁷ Como indica MORALES MORENO A.M. “Artículo 1266...” ob cit p. 231 la solución al error no se puede basar solamente en la protección del contratante que se equivoca, mas complejo, pues hay otros interés en juego que justifican el mantenimiento del contrato (como la protección de la confianza, seguridad, y estabilidad del tráfico), “*El problema exige soluciones ponderadas; y para ello, nada mejor que superar la idea del vicio del consentimiento, para considerar y tratar el error como lo que en realidad es, como un problema de riesgo; de reparto entre contratantes de ciertos riesgos de la contratación*” ob cit p. 231.

¹⁸⁸ MORALES MORENO A.M. “Artículo 1266...” ob cit. p. 233 y 301. Indica este autor que existen dos tipos error: uno, *error de vicio* relativo a la construcción del contrato sobre datos inexactos, y otro el *error en la declaración*, donde el riesgo se refiere a la propia comunicación (232).

¹⁸⁹ MORALES MORENO A.M. “Artículo 1266...” ob cit. p. 231.

¹⁹⁰ POSNER, Richard. *El análisis económico del derecho*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica, 2000. p. 39 (donde se refiere a la eficiencia de Pareto); PAZ-ARES, C. “Principio de eficiencia y derecho privado” En AAVV *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 3, Valencia: Tirant Lo Blanch, 1995. p. 2853, donde explica que el Teorema de Coase nos dice que si los costes de transacción no son elevados, siempre prevalecerá la solución eficiente.

¹⁹¹ POSNER, R. *El análisis económico...* ob cit p.169. En este sentido indica que el derecho de los contratos facilita los movimientos voluntarios de los derechos de propiedad, entre otros la asignación voluntaria de los riesgos. Ob cit p. 67.

¹⁹² PAZ-ARES, C. “Principio de eficiencia...” ob cit. p. 2849 indica que si el contrato no distribuye el riesgo “*habrá de pechar con la pérdida la parte que objetiva y típicamente hubiese podido gobernar ese riesgo con menor coste*”. Así lo indica POSNER, R. *El análisis económico...* ob cit p.166

¹⁹³ POSNER, R. *El análisis económico...* ob cit p. 31 Juicios de equidad retrospectivos, sino en función de la eficiencia Asignación eficiente. PAZ-ARES, C. “Principio de eficiencia...” ob cit. p. 2849 indica que siendo el contrato un “*esquema de cooperación racional para la ventaja mutua*”, las lagunas que ofrezca deben ser cubiertas integrando en función de imaginar los términos de un hipotético convenio previo entre las partes, es decir, “*calculando el contenido del contrato ex ante*”.

2. La asunción de riesgos

A. EL RIESGO DE INSOLVENCIA EN LA RELACIÓN OBLIGATORIA

El concepto de riesgo, en sentido económico, puede considerarse como la probabilidad para un sujeto, de obtener una rentabilidad por debajo de la esperada o prevista en una determinada inversión, concepción que difiere del técnico jurídico, que alude a la pérdida o imposibilidad de una cosa o prestación, donde la cuestión esencial es la de determinar la parte sobre la que ha de recaer la carga de soportar dicha imposibilidad¹⁹⁴. Desde la perspectiva del acreedor, es necesario distinguir entre el riesgo de recibir la prestación debida, del riesgo a ser efectivamente resarcido del incumplimiento. En el primer caso nos situamos en el seno de la relación obligatoria, mientras en el segundo está íntimamente ligado a la responsabilidad patrimonial del deudor, y por tanto al riesgo de insolvencia del mismo, pues una vez que deviene insolvente, la responsabilidad patrimonial deje de ser efectiva, lo que implica que el acreedor asume parte del propio riesgo de la actividad del deudor.

Por ello hay que distinguir el riesgo de insolvencia del deudor, del riesgo de la prestación.

a) El riesgo de la prestación.

En la relación obligatoria, siempre que necesariamente exista un determinado plazo desde la perfección del negocio jurídico o surgimiento del derecho hasta el efectivo cumplimiento de la prestación, se plantea la cuestión del riesgo, es decir determinar cual de las partes es la que viene obligada a soportar la pérdida de la prestación debida. Y es que, en este sentido, se ha distinguido entre el riesgo de la cosa (*periculum rei*), y el riesgo de la prestación (*periculum obligationis*). Respecto de lo primero, es el dueño el que ha de soportar su pérdida -de ahí que se hable de transmisión del riesgo, ya que, al generarse la relación obligatoria (en las obligaciones de dar) existe un momento antes del cumplimiento en el que se produce necesariamente dicha transmisión -. Por ello, en el derecho de obligaciones se habla del riesgo de la prestación, es decir, en caso de que la prestación devenga imposible ¿debe el deudor resarcir al acreedor? La solución a tan compleja cuestión, no sólo no está clara en nuestro derecho sino que además ha sido punto de discusión doctrinal. El propio Código Civil no es claro al respecto. En primer lugar, la prestación será imposible en las obligaciones de dar sólo cuando se trate de cosa específica ya que las genéricas parece que no devendrán imposibles (*genus numquam perit*).

El artículo 1182 CC parece claro al extinguir la obligación del deudor cuando la prestación se hace imposible, sin culpa de éste¹⁹⁵ y sin haber incurrido en mora (en

¹⁹⁴ NAVARRO PEREZ, J.L. *Compraventa civil: antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*. Granada: Comares, 1993. p. 325.

¹⁹⁵ JORDANO FRAGA, Francisco, "Responsabilidad contractual...", ob. cit., p. 106-107.

intonía con el art.1096 CC y 1105 CC), por lo que parece indicar que se libera de dicha obligación (y que es el criterio también adoptado por el Código específicamente para la compraventa civil *periculum est emptoris*¹⁹⁶). No obstante, cuando se trata de obligaciones sinalagmáticas, la cuestión parece complicarse con la entrada en escena del artículo 1124 CC relativo a la conocida regla *exceptio non adimpleti contractus* (mientras una parte no cumpla la otra no tiene porque cumplir), y que además prevé que si la cosa o prestación debida se pierde o deviene imposible, antes del cumplimiento de la otra parte, el acreedor puede resolver la obligación, y así no vendrá obligado a cumplir¹⁹⁷, con lo que en definitiva el riesgo recae en la otra de parte. Pero el problema será cuando una parte ya haya cumplido su prestación, donde la cuestión será determinar si tiene o no derecho a repetir lo pagado¹⁹⁸.

En la compraventa existe un régimen específico acerca de los riesgos con una curiosa diferencia de criterio en nuestro Ordenamiento, según estemos ante una compraventa civil o mercantil¹⁹⁹. Mientras en la compraventa civil el artículo 1452 CC se remite expresamente al régimen de los artículo 1182 y 1096 es decir *periculum est emptoris*²⁰⁰, es decir, el criterio de la independencia de las obligaciones²⁰¹, en cambio, el

¹⁹⁶ La Jurisprudencia se ha encargado de ratificar, el principio del derecho romano del *periculum est emptoris*. En este sentido la Sentencias del Tribunal Supremo 606/1947 de 29 de abril dice textualmente: “[...] siendo de aplicación por tanto, los artículos 1095 y 1452 del CC- que inspirados en el criterio romano atribuyen al comprador el *periculum* y el *commodum* de la cosa comprada desde el momento de la perfección del contrato”. tb sentencias del Tribunal Supremo como la de 26 de septiembre de 1927, la de 26 de diciembre de 1942, la de 9 de junio de 1949, la de 6 de diciembre 1953, la de 6 de octubre de 1965 , la de 16 de noviembre de 1979, o la de 21 marzo de 1991

¹⁹⁷ DIEZ-PICAZO *Fundamentos...* ob. cit. p.695.

¹⁹⁸ Esta concepción tradicional en el Derecho Romano consagra la independencia de las obligaciones con lo que, la falta de cumplimiento de una de las partes no producía efectos ningunos sobre las obligaciones de la otra, es decir, que independientemente de las obligaciones del vendedor, el comprador está obligado al pago del precio, por lo que la pérdida de la cosa, sin mediar culpa o dolo, no le exime del pago al vendedor. La regla romana venía en cierta medida justificada por la falta de dependencia de las obligaciones de una y otra parte, pero con la evolución del instituto del sinalagma empieza a quebrar la construcción romana por la incompatibilidad existente entre ellos, con la consagración de la interdependencia de las obligaciones(*exceptio non adimpleti contractus*).

¹⁹⁹ Algunos autores como LACRUZ BERDEJO, José Luis. *op. cit.* p.28, han criticado que con el cambio de régimen de transmisión de la propiedad, en nuestra última codificación civil, no se haya cambiado también el régimen de los riesgos, puesto que entienden que se producen efectos perversos para el comprador que soporta el riesgo de algo que no le ha sido entregado ni de lo que no es dueño aún. No obstante, no seríamos rigurosos si optásemos por una interpretación victimista del comprador puesto que no podemos olvidar que el artículo 1095 del CC al conceder al comprador los frutos desde la perfección , se está con ello concediendo el favor de obtención de esos frutos a alguien que aún no tiene el dominio, lo que se convierte en justificación para descargar en éste los riesgos de la cosa. Así viene reconocido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 4358/1965 6 de octubre que dice: “(...)no podría prosperar porque se basa en la teoría germánica de los riesgos -res *perit venditor*-mientras que nuestro ordenamiento legislativo sigue la teoría romana -res *perit emptor*- como regla general en la compraventa según se deduce del art. 1452(...) y del propio artículo 1095 que atribuye al acreedor los frutos de la cosa desde que nace la obligación de entregarla, es decir desde la perfección del contrato consensual.”

²⁰⁰ La principal fuente con la que contamos en relación la institución del riesgo en el Derecho Romano es la compilación justiniana del *Corpus Iuris Civilis*, en el Digesto, en el libro 18, título 6º, De periculo et comodo rei venditae. También en la Instituta *«periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet tametsi adhuc ea res tradita non sit»* [...] «nam, et commodum, ei us esse debet, cuius periculum est» y cuyo resultado, respecto de la interpretación de la mayoría de los romanistas, es el principio del *periculum est emptoris*. ver ALCOVER GARAU, G. *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*. Madrid: Civitas, 1991, 112 p., es decir, que como regla general, el riesgo debe correr por parte del comprador, una vez celebrado el contrato. Una parte de la doctrina romanista ha venido distinguiendo entre dos momentos diferentes, que susceptibles de coincidir en el tiempo no siempre es así, y es necesario diferenciar con el objeto de valer de corrector a dicha doctrina. Estamos hablando de la *emptio contracta* que supone el momento de la conclusión de objeto y precio, y la *emptio perfecta* que se refiere al momento en que es susceptible de producir plenos efectos. Es esta última, la que, en caso de no coincidir en el tiempo con la *«contracta»*, retrasa el momento de la transmisión del riesgo a un momento posterior al propio acuerdo, ya que pueden existir circunstancias diferenciadoras como por ejemplo condiciones suspensivas, o falta de especificación o determinación del objeto, etc. En este sentido, sirva como ejemplo la doctrina de autores como ALONSO PEREZ, M. *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: 1972, p. 170, que afirma que la *emptio perfecta* unas veces surge inmediatamente después de la emisión del consentimiento de obligarse, y en otras, después de solventar determinadas circunstancias que la retrasan, por ejemplo la venta condicional. En estos casos no se

Código de Comercio adopta la solución contraria *periculum est venditoris*, hasta el momento en que la mercancía se ponga a disposición del comprador (artículo 333 CCo)²⁰².

b) El riesgo de insolvencia del deudor

Toda relación jurídica lleva consigo un riesgo implícito, que va más allá del riesgo de la prestación, y que se ubica en un momento posterior como riesgo al resarcimiento, que implica la posibilidad de que la insolvencia del deudor deje la inoperante la responsabilidad patrimonial. En la relación obligatoria, una vez que el cumplimiento deviene imposible, y es susceptible de generar un derecho a ser resarcido del perjuicio que ocasiona el incumplimiento, el acreedor está soportando un riesgo del resarcimiento, pues no sabe si efectivamente verá satisfecha la lesión de su crédito, que no es más que un tipo específico de riesgo de la prestación (ya que el deber de

transmitirá el riesgo al comprador hasta que no se perfecta. La adopción de la *emptio perfecta* en detrimento de la *emptio contracta*, ha servido a los romanistas como corrector a su doctrina, por los perversos resultados que se obtendrían para el comprador, si tomáramos como punto de inflexión, no el momento de la perfección, sino el de la conclusión.

²⁰¹ Por un lado el modelo francés, que heredero del sistema romano, establece el momento de transmisión del riesgo desde la *emptio perfecta*, que coincide con el momento de transmisión de la propiedad, es decir a diferencia del derecho Español, este modelo concede desde dicho momento los efectos traslativos del dominio, al quedar transmitida la propiedad desde que se perfecciona el contrato. El artículo 1583 del Código Civil francés al establecer que el comprador adquirirá de derecho la propiedad con relación al vendedor, desde el momento en que exista acuerdo sobre la cosa y el precio, aunque la cosa no haya sido todavía entregada ni el precio pagado. Además el artículo 1138 relativo a las obligaciones, establece que la obligación de entregar la cosa se perfecciona por el simple consentimiento de las partes, lo que convierte al acreedor en propietario, quedando la cosa bajo su riesgo desde el instante en que se entrega, aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanece bajo riesgo de éste último. El Código Civil italiano, Art. 1376 Contratto con effetti reali : “*Nei contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa determinata, la costituzione o il trasferimento di un diritto reale ovvero il trasferimento di un altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmettono e si acquistano per effetto del consenso delle parti legittimamente manifestato*” (1155, 1265, 1465, 1472, 1520 e seguenti, 2644, 2684, 2808-2) en el mismo sentido del francés, consagra la compraventa traslativa del dominio con la perfección del contrato y vincula la transmisión del riesgo a la de la propiedad, produciéndose ambos en el mismo momento. También el código Civil portugués toma este mismo rumbo en su código de 1966 en los art. 796, 974 y 918, y el Derecho inglés, sección 18 rule 1st: “*Where there is an unconditional contract for the sale of specific goods in a deliverable state the property in the goods passes to the buyer when the contract is made, and it is immaterial whether the time of payment or the time of delivery, or both, be postponed*”. que en la Sale of Goods Act de 1979 presume la intención de las partes de trasladar la propiedad con la perfección del contrato momento en que se transmite la propiedad. En la posición opuesta se sitúa el Derecho alemán, que influido por la evolución iusnaturalista y el derecho canónico del *fragenti fidei*, en respuesta a la tradición romanista concibe un sistema traslativo del riesgo contrario a los anteriores, optando por la entrega como momento de la transmisión. Artículo 446 del BGB titulado *Gefahr- und Lastenübergang*, dice “*Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über. Von der Übergabe an gebühren dem Käufer die Nutzungen und trägt er die Lasten der Sache. Der Übergabe steht es gleich, wenn der Käufer im Verzug der Annahme ist*”.

²⁰² El Convenio de Viena de 1980 para la compra-venta internacional de mercaderías establece en el artículo 67: “*Cuando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en lugar determinado, el riesgo no se transmitirá hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar. El hecho de que el vendedor esté autorizado a retener los documentos representativos de las mercaderías no afectará a la transmisión del riesgo.*”

“*Sin embargo el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías estén claramente identificadas a los efectos del contrato mediante señales en ellas, mediante los documentos de expedición, mediante comunicación enviada al comprador o de otro modo.*”

indemnizar no es más que una clase de obligación²⁰³). En este sentido cuando el autor del daño deviene en insolvente la prestación por indemnización devendrá imposible, y podremos considerar que se extinguirá, bien por imposible en virtud del 1182 CC cuando dicha insolvencia no sea imputable al deudor, o bien -y quizá esta sea la interpretación más ortodoxa²⁰⁴- se extinguirá por caducidad de la correspondiente acción ejecutiva (generalmente por el transcurso del plazo de 5 años de la acción ejecutiva según el artículo 518 LEC), sin que sea posible ejecutar la sentencia declarativa que condene a la indemnización correspondiente²⁰⁵.

Así pues, en estos casos es el lesionado quien definitivamente sufre la pérdida en caso de insolvencia de la parte autora del daño en tanto en cuanto recae en su perjuicio la ausencia de patrimonio del deudor, sobre el que ejecutar su derecho y por ello es que toda relación jurídica que genere una obligación conlleva un riesgo implícito. Ello implica que toda relación jurídica patrimonial tiene un cierto grado de externalización del riesgo, que irá en función de la actividad desempeñada por el deudor, por lo que en el ámbito societario se establecen especiales exigencias de publicidad y solvencia.

B. LA ASUNCIÓN VOLUNTARIA DEL RIESGO: VOLENTI NON FIT INIURIA.

a) Grupos de casos en la asunción de riesgos

En el ámbito de la causación de un daño, la cuestión de la asunción del riesgo se centra en determinar la imputabilidad del daño en virtud de la asunción de riesgo por parte del dañado, como aceptación implícita basado en la máxima *volenti non fit iniuria*. Es decir, asunción del riesgo como mecanismo de autoimputación del daño sufrido y como mecanismo de exoneración de responsabilidad de la otra parte. En este sentido se pueden diferenciar tres²⁰⁶ grupos de casos, basado en la práctica jurisprudencial, en los que la asunción del riesgo operará de diferente manera:

Un primer grupo de casos en los que, si bien existe asunción de un riesgo probable, no existe un mecanismo exonerador de responsabilidad por falta de culpabilidad, por lo que estaríamos en el ámbito de la mala fortuna sin que existan criterios de imputación de responsabilidad. Este es el caso de por ejemplo la participación en alguna actividad deportiva donde la causación de un daño lesión accidente es probable y conocida pero fortuita lo que implica que hay asunción del riesgo que se imputa a la mala fortuna, ha de soportar el propio lesionado.

²⁰³ El derecho a la indemnización por daños es una obligación tal y como establece el artículo 1089 CC al hablar de las fuentes de las obligaciones.

²⁰⁴ No parece ser esta la mejor interpretación ya que entendemos siguiendo a JORDANO FRAGA que el art. 1182 se refiere a la imposibilidad de la prestación principal, pero no de la imposibilidad de subsiguiente responsabilidad. Vid. JORDANO FRAGA, Francisco, *Responsabilidad contractual...*, ob. cit., p. 106-107 y 142.

²⁰⁵ De donde cabe exceptuar aquellos casos en que el Estado asume la responsabilidad civil subsidiaria, p.e. art.121 Código Penal .

²⁰⁶ Siguiendo a SOLÉ FELIU, J. “Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado”, en *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*, p. 3097 y ss.

Un segundo grupo de casos se refiere concurrencia de culpas, es decir en aquellos casos en que la actuación de la víctima ha contribuido a la causación del daño, por tanto habrá que acudir a una ponderación a la hora de establecer el nivel de responsabilidad en la causación del daño.

Un tercer grupo de casos sería el de asunción de riesgos en sentido estricto, relativo a la producción de un daño consentido por el lesionado, lo que excluye de responsabilidad al causante: Puede referirse a los casos en que se va a producir una lesión efectiva mínima (de forma segura o casi segura), cuyo daño es conocido por el lesionado que asume el riesgo (como es el caso de las intervenciones quirúrgicas, boxeo, etc.), o en casos el que el daño no es tan seguro pero la víctima conoce el riesgo, y acepta participar. En estos casos la jurisprudencia en el derecho comparado requiere un conocimiento de la naturaleza y alcance del riesgo, es decir que la víctima haya comprendido el riesgo en toda su extensión²⁰⁷.

b) la asunción del riesgo por el acreedor

En conexión con el tercer grupo de casos, cuando la insolvencia de un deudor es un hecho probable, y ello es conocido por el acreedor, éste negociará una mayor prima de riesgo que si dicha insolvencia no fuese tan probable. El acreedor debe velar por sus propios intereses, y por la correcta información y valorar los riesgos del negocio que va a llevar a cabo. El riesgo (de la prestación y de la insolvencia) es parte esencial del contrato, y forman parte esencial de la negociación. Las partes, cuando contratan, han de valorar el riesgo, disponiendo del mismo en base a la autonomía de la voluntad (1255 CC) constituyendo dicha valoración un elemento del precio en el contrato (lo que se conoce en toda contratación como *prima de riesgo*). Ello implica la externalización²⁰⁸ del riesgo, que tiene lugar en toda negociación, y que va en función, no sólo del carácter objetivo del negocio jurídico concreto, sino también de la solvencia y de la actividad desarrollada por las partes. Este factor subjetivo se pone de manifiesto —entre otras normas— en la exigencia del consentimiento del acreedor en la asunción de deuda (1205 CC).

Por ello la información sobre la solvencia del deudor es esencial para la correcta formación de la voluntad de las partes, pues la situación económica y el riesgo de insolvencia del deudor determinan el alcance de la contratación querida por un acreedor.

Cuando un contratante es insolvente, es obvio que nadie querrá contratar a sabiendas de que el deudor no podrá cumplir. Cuestión distinta es cuando dicha insolvencia no es del todo segura, sino sólo probable. Cuando la insolvencia es probable, pero no definitiva, y ello es así sabido por el acreedor que va a contratar, ello

²⁰⁷ SOLÉ FELIU, J. “Los perfiles ...” ob. cit. p. 3109.

²⁰⁸ PAZ-ARES, “La infracapitalización. Una aproximación contractual.” En: *Revista de derecho de sociedades*. Madrid: 1994, p. 260.

implicará una alta prima de riesgo que ha de ser valoradas por las partes en la fase de formación contractual²⁰⁹.

Que el acreedor conozca la situación patrimonial del deudor implica que éste podrá negociar mejor los detalles del negocio, pero le corresponde a él velar por dicha información, ya que la disponga o no de ella, el resultado lesivo del crédito será el mismo.

3. Conclusión: La carga del acreedor de velar por el riesgo de insolvencia del deudor

La insolvencia del deudor es un riesgo que implica la lesión automática del crédito por cuanto la responsabilidad patrimonial queda suspendida hasta la adquisición de un patrimonio futuro por el deudor (1911 CC). El riesgo como elemento del contrato, ha de ser valorado, calculado y dispuesto por las partes en la formación contractual, con una diligencia media y regular acorde a las circunstancias²¹⁰. Por ello, corresponde al acreedor el control de la solvencia futura del crédito, mientras que el deudor tiene la obligación de no suministrar informaciones falsas sobre su situación económica, solvencia, o riesgo de la operación, que vicien la voluntad del acreedor en la fase de formación del contrato, a la que esté habrá de aplicar la diligencia media o regular concretamente exigida, pues es éste el criterio de reparto del riesgo contractual entre las partes. Así pues, y de forma muy general, podríamos concluir diciendo que junto a la carga del acreedor del control de la solvencia futura del crédito, el deudor, como manifestación de la buena fe contractual, tiene ciertos deberes informativos y conservativos de su patrimonio²¹¹

²⁰⁹ BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos y Quiebra*. Madrid: Civitas, 2002. p. 43, sobre el binomio riesgo-rentabilidad.

²¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 4 de enero de 1982, GOMEZ CALLE, *Los deberes...* ob cit p.30; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* ob cit p.215-216.

²¹¹ Que se traduce en un deber de no realizar actos patrimoniales con el conocimiento fraudulento (*consilium fraudis*) del perjuicio del acreedor (“...fraude de su derecho” artículo 1111 CC).

CAPÍTULO SEGUNDO

LA PROTECCIÓN DEL ACREEDOR EN EL

ÁMBITO DEL DERECHO SOCIETARIO

I. INTRODUCCIÓN: PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y DERECHO DE CRÉDITO. 1. La personalidad jurídica y el derecho de crédito. 2. La adquisición de personalidad jurídica de la sociedad de capital. 3 Las consecuencias de la personalidad jurídica de la sociedad en el derecho de crédito. **II. EL HERMETISMO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL.** 1. Origen y fundamento de la responsabilidad limitada de la sociedad. 2. Función del principio de responsabilidad limitada en el tráfico. 3. El desplazamiento del riesgo a los acreedores. 4. El uso de la personalidad jurídica de la sociedad como mecanismo de lesión del derecho de crédito. *A. LA CUESTIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA. B. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO. a) El origen del disregard of the legal entity en el derecho anglosajón. b) La adopción en el derecho español.* 5. Los límites al hermetismo patrimonial de las sociedades de capital. *A. CASOS DE EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD. a) Confusión de patrimonios o esferas. b) Dirección externa o dominación c) Infracapitalización. B. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: INEXISTENCIA DE LÍMITES AL HERMETISMO PATRIMONIAL. a) Responsabilidad del administrador ex novo. b) Responsabilidad del administrador por la inobservancia de deberes informativos. c) sociedades abiertas y sociedades cerradas* **6. El hermetismo patrimonial y la pluralidad de personas jurídicas: los grupos de sociedades.** *A. LA RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES. B. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LAS DEUDAS DE SU FILIAL. a) Planteamiento en el derecho comparado. b) La inadmisibilidad de responsabilidad global: legitimidad de grupo. C. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LA DIRECCIÓN DEL GRUPO O INSTRUCCIONES PERJUDICIALES. a) El administrador de hecho. b) Referencia al mandato y la gestión de negocios ajenos.* 7. Conclusiones. **III. ESTRUCTURA ORGÁNICA COMO CONSECUENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD.** 1 La figura del administrador como alteración del esquema de la relación obligatoria. **2. El carácter orgánico y contractual del administrador societario.** *A. NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ADMINISTRADOR. B. LA RESPONSABILIDAD ORGÁNICA DEL ADMINISTRADOR POR LA VULNERACIÓN DE SUS DEBERES. C. CONSECUENCIAS DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD.* **IV. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTORNO A LA SOCIEDAD DE CAPITAL: MECANISMOS DE ALINEACIÓN DE INTERESES** 1. La posición del órgano de administración en los conflictos de interés. **2. La sociedad de capital como centro de colisión de una pluralidad de intereses en conflicto.** *A. LA PLURALIDAD DE INTERESES EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL. B. CONFLICTO DE INTERESES AD EXTRA: SOCIOS Y ACREEDORES SOCIALES a) El conflicto entre socios y acreedores en las sociedades en crisis b) La inadecuación de la lex societatis en la tutela de los conflictos entre socios y acreedores C. CONFLICTO DE INTERESES EN LA SOCIEDAD AD INTRA. a) El conflicto entre control y propiedad b) El interés de la mayoría frente al interés social. c) Accionistas actuales e inversores futuros.* **3. El gobierno corporativo como mecanismo de alineación de intereses** *A. GOBIERNO CORPORATIVO COMO REMEDIO AL CONFLICTO ENTRE CONTROL Y PROPIEDAD. a) Marco histórico en el que se surge el Corporate Governance. b) Los códigos de buen gobierno. c) Dos polos de influencia actual en materia de buen gobierno. B. GOBIERNO CORPORATIVO: ¿MECANISMO DE TUTELA ENTRE*

ACCIONISTAS Y ACREEDORES?. a) Cambio de criterio: de la creación de valor a la ley de transparencia. b) RSC y Gobierno corporativo como dos caras del buen gobierno empresarial. C. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO MECANISMO DE TUTELA DEL CONFLICTO ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES. V. EL INTERES SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA. 1. El interés social como fin de la actividad gestora del administrador diligente. 2. Aproximación al debate sobre el interés social: institucionalista versus contractualista. A. APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DEBATE. a) Inicio del debate. b) Marco económico trascendencia del debate. c) Unternehmen an sich. d) Evolución posterior del debate. B. LA CREACIÓN DE VALOR PARA EL ACCIONISTA COMO INTERÉS SOCIAL. a) La perspectiva contractualista. b) La formulación de la perspectiva contractualista. c) Las posiciones críticas con la teoría contractual. C. LAS TEORIAS INSTITUCIONALISTAS DEL INTERES SOCIAL Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES PRECONCURSALES. a) La perspectiva institucionalista. b) Los argumentos de la posición institucionalista del interés social. c) La posición institucionalista y el interés social de la empresa en crisis.

I. INTRODUCCIÓN: PERSONA JURÍDICA, SOCIEDAD Y DERECHO DE CRÉDITO

La persona jurídica societaria presenta especiales características definitorias, que la diferencian de la persona natural en su posición dentro de la relación obligatoria. Por ello, es esencial determinar si dichas especialidades justifican un diferente tratamiento del acreedor societario (o acreedor de la sociedad) en lo que respecta al esquema bipolar de la relación obligatoria, así como respecto de los principios generales de la tutela preventiva del crédito.

1º La personalidad jurídica y el derecho de crédito

Toda relación jurídico-privada entre distintos sujetos de derecho genera intereses susceptibles de entrar en conflicto entre sí²¹². La función del derecho privado en este ámbito es precisamente la tutela de dichos intereses, cuyos principios inspiradores estarán en función de la ideología y de la necesidad económico-social de cada momento histórico²¹³. Así es el caso de la relación contractual donde, pese a ser una relación fruto

²¹² Así es al caso de la relación obligatoria como relación bipolar, vid. DIEZ-PICAZO Y GULLON, *Sistema....*ob.cit. p.127 y ss

²¹³ La idea de que la función del derecho contractual se orienta a la reducción de los costos que se generan dada la relación contrapuesta de los intereses generados, idea que surge del análisis económico del derecho, (POSNER, Richard. *El análisis económico....*ob cit. p.29 y ss.) para precisamente la alineación de dichos intereses susceptibles de entrar en conflicto (vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho”. En *Revista para el análisis del Derecho*. Nº 1. 2007. p. 5, disponible en web: www.indret.com. Que se refiere a la función del derecho de los contratos como entendida como la reducción de los costes para intercambiar). Son los llamados costes de agencia aquellos costes que surgen de la divergencia de intereses (PAZ-ARES C. “La

de la autonomía de la voluntad encaminada al beneficio mutuo, el derecho de las partes entra en conflicto en tanto en cuanto cada uno querrá maximizar su beneficio en el seno de la relación, en muchos aspectos en perjuicio del interés del otro, tanto en el normal desenvolvimiento del negocio como en las vicisitudes de la relación²¹⁴. Trasladado al esquema de la relación obligatoria, ello se traduce en el conflicto de intereses entre deudor y acreedor. Esta cuestión, ya de por sí compleja, se torna aún más cuando el sujeto que se ubica en la posición de la parte deudora es una persona jurídica, lo que genera el nacimiento de nuevos intereses en tensión que trastocan el natural esquema de la relación. Sobre esta cuestión es sobre lo que se pretende indagar en esta segunda parte, dentro del ámbito del derecho societario.

Desde nuestro análisis, partimos necesariamente -como se ha expuesto en el primer capítulo- de una perspectiva de la relación obligatoria como situación bipolar²¹⁵ entre acreedor y deudor. El Código Civil pone a disposición del acreedor unos mecanismos de tutela encaminados a la efectiva satisfacción de su crédito, que de modo contrario, dejaría el cumplimiento de la prestación debida al arbitrio del deudor. Pero cuando la parte deudora de la relación no es una persona física, sino una sociedad de capital, dicha relación presenta determinadas peculiaridades y diferencias respecto de la situación general prevista por el derecho común, donde el patrimonio sujeto al cumplimiento de la obligación, no corresponde a una (o varias) persona física, sino que es de titularidad de una figura ficticia o inmaterial que trastoca, altera o *filtra*²¹⁶ la aplicación del derecho subjetivo, -como es la persona jurídica-, cuyo concepto presenta -y ha presentado históricamente- innumerables problemas en el seno de la doctrina científica, por la falta de ubicación dogmática de una figura que implica distinto significado según el instrumento jurídico que la ostente²¹⁷. No obstante, y pese al descrédito en el que ha ido cayendo el concepto de persona jurídica, sigue siendo un elemento relevante del Ordenamiento, como instrumento de simplificación y ahorro conceptual para el legislador y para el jurista, y a través de dicho concepto se puede considerar como un elemento que genera una especialidad de tratamiento del derecho común en lo que a nosotros interesa: la relación obligatoria.

Cuando se atribuye la obligación jurídica típica del deudor a una persona jurídica, los efectos subjetivos son los mismos en lo referente a la relación obligatoria, tal y como determina el derecho común en función de la teoría general de las obligaciones, gracias al uso metafórico que podemos hacer del concepto ficticio de la persona jurídica. Pero sin olvidar que el contenido real de dicho concepto, se descompone en los sujetos que realmente existen y que están detrás de la persona ficticia, pero no en la misma manera que establece el derecho común, sino que supone una modificación de las relaciones jurídicas de éstas, en la forma que determina el

Infracapitalización...”ob cit p. 254); BISBAL I MÉNDEZ, Joaquín. “El gobierno de las compañías mercantiles: Teoría, materiales y práctica”. En *revista de derecho mercantil*. Nº 226, 1997, p.1677 (Costes de agencia en el derecho de sociedades se concibe como los costes de administrar el complejo conjunto de contratos que se entrelazan en la organización).

²¹⁴ La regulación de las obligaciones del Código Civil, como dice DIEZ-PICAZO, es una regulación que parece más pensada para las obligaciones contractuales, aunque realmente esté regulando las obligaciones en general (DIEZ-PICAZO. *Fundamentos... II*. ob cit p. 65).

²¹⁵ DIEZ-PICAZO Y GULLON, *Sistema...*ob.cit. p.127

²¹⁶ PAZ-ARES. “La sociedad mercantil” en URÍA (dir.) MENÉNDEZ (dir.) *Curso de Derecho Mercantil* Madrid: Thomson-Civitas, 2ª ed, 2006. p. 569

²¹⁷ En este sentido como afirma DE CASTRO, por ejemplo, el hermetismo patrimonial de la sociedad anónima que es consecuencia directa de su personalidad jurídica, no se extiende a otras sociedades personalistas (en DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1984. p. 212 y ss; también ob. cit. pp. 59-260).

derecho especial en cada caso, que es el resultado -como indica PAZ-ARES- de *filtrar* el derecho por la normativa de la personalidad jurídica, que en el caso concreto de la sociedad de capital (anónima o limitada) viene determinada por la autonomía patrimonial²¹⁸. Ese contenido concreto y especial determinado por el derecho societario, genera determinadas consecuencias que han venido alterando la normal dinámica de la relación obligatoria.

Pero la personalidad jurídica que se predica de la sociedad de capital no es lo mismo o no implica lo mismo, que en otras sociedades personalistas. Así por ejemplo el *hermetismo patrimonial*²¹⁹ de la sociedad anónima en que se manifiesta su personalidad jurídica (haciendo que los socios no respondan por las deudas sociales, más que en la cuantía del capital aportado), no se manifiesta con la misma intensidad en la sociedad colectiva, donde, investida también de personalidad jurídica, el socio responde subsidiariamente, quedando la personalidad manifestada en una relativa separación patrimonial, que se traduce en la responsabilidad separada y preferente del patrimonio social²²⁰. Por ello, dicho hermetismo que la personalidad jurídica implica especialmente en la sociedad capitalista, supone una alteración esencial en el tradicional esquema bipolar que conlleva la relación obligatoria.

2º. La adquisición de personalidad jurídica de la sociedad de capital.

El concepto de persona jurídica y el de sociedad anónima no tienen un origen común, pues ambos conceptos son fruto de un punto de partida y una evolución conceptual que provienen de caminos diferentes²²¹ y que confluyen en un momento determinado para dar lugar al concepto moderno de sociedad de capital²²². Más que ser la persona jurídica la que ha definido o construido el concepto de sociedad anónima, es la sociedad anónima la que ha servido para -según palabras DE CASTRO- *deformar* el concepto de persona jurídica²²³. Ello se debe a que el nexo de unión en que concurren ambas figuras ha sido más bien una artificiosa necesidad histórica de revestir ideológicamente y reforzar a la incipiente sociedad anónima que surge con su morfología moderna al amparo del liberalismo de principios del siglo XIX²²⁴. Pero respecto al origen histórico de la sociedad anónima, no ha existido acuerdo en la

²¹⁸ Como establece PAZ-ARES “cuando se atribuye a una persona jurídica en realidad se está atribuyendo a las personas físicas que están tras ella, pero no con el mismo contenido del derecho común sino con el contenido que resulta de filtrar el derecho común a través de la normativa interna de la persona jurídica” en PAZ-ARES “Sociedad mercantil...” en URÍA/MENÉNDEZ ob cit p. 569.

²¹⁹ DE CASTRO *La persona jurídica*...ob cit p. 241, y 244 y ss.

²²⁰ CAPILLA RONCERO F. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, 1984, p.131.; DE CASTRO *La persona jurídica* ob. cit. p. 238.

²²¹ Sobre la evolución de la sociedad anónima HIERRO ANIBARRO, Santiago. “La doctrina de derecho mercantil y el origen de la sociedad anónima”. En *Revista de Derecho Mercantil*, nº 229, Julio-septiembre, 1998.Madrid, p. 1159-1207. Sobre la persona jurídica COSSIO, Alfonso “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica” En *Anuario de Derecho Civil*. Vol 7, nº 3 1954, p. 623 y ss.

²²² DE CASTRO Y BRAVO, Federico “¿Crisis de la sociedad anónima?”. En *Revista de Estudios Políticos*. Nº 49. Madrid, 1950, p. 76, donde indica: “Pero, en ningún caso —y esto —es lo que importa subrayar— autor alguno, —ni el de más laxo criterio—, pudo pensar que mediante el contrato de Sociedad fuese posible crear una persona jurídica.”

²²³ DE CASTRO, F. *La persona jurídica*... ob cit p. 212 y ss; también ob. cit. p. 31.

²²⁴ DE CASTRO, F. “¿Crisis de...” ob cit p. 78 y ss.

determinación de sus auténticos antecedentes²²⁵, donde dos grupos de teorías han tratado de explicar su surgimiento. Por un lado las teorías recepcionistas que consideran que el origen se encuentra en las asociaciones que surgen en la Italia medieval desde donde se expandiría al norte de Europa²²⁶, y por otro las teorías evolucionistas que consideran su nacimiento (como compañía de comercio) a raíz de la transformación de unas figuras precedentes (la comenda medieval, el consulado de comercio inglés y las compañías de navegación)²²⁷ que desembocarán en las compañías coloniales como primer antecedente de la sociedad anónima investida con personalidad jurídica²²⁸.

Pero no es la sociedad capitalista por tanto, la figura a la que se debe en un primer momento la creación del concepto de persona jurídica²²⁹, sino más bien, es en el seno de la corporación en el que tiene su origen, como *persona ficta*, a raíz de los conflictos por la hegemonía del poder que tienen lugar en la Edad Media entre el Imperio y el Papado²³⁰. Esta noción será desarrollada desde el iusnaturalismo por GROCIO y PUFENDORF a través de la idea de espíritu del pueblo mediante el concepto de *persona moral*²³¹. Pero será desde el pandectismo alemán desde donde se desarrolle el concepto moderno de persona jurídica, en un primer momento, como identificación de la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones²³². No obstante, SAVIGNY advirtió el riesgo que dicha concepción corría de diluirse en su excesiva amplitud, y proponía una concreción a través de un concepto restringido exclusivamente a fundaciones y corporaciones²³³. Pero esta perspectiva se termina quedando corta con el triunfo del liberalismo posrevolucionario²³⁴, como manifestación de una burguesía que demandaba un marco de estabilidad y seguridad jurídica, para una industrialización²³⁵ incipiente, y que reclamó la necesidad de limitar el riesgo de las

²²⁵ Acerca del debate doctrinal del origen de la sociedad anónima en España vid. HIERRO ANIBARRO *El origen de la sociedad anónima en España: la evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de olivares (1521-1633)*. Tecnos: 1998, p. 72 y ss.

²²⁶ HIERRO ANIBARRO, Santiago. “La doctrina de derecho...” ob cit p.1161-1170, donde expone como dichas teorías se basan en los antecedentes de los Bancos italianos medievales, así como en las sociedades mineras, metalúrgicas y de molinos.

²²⁷ HIERRO ANIBARRO, Santiago. “La doctrina de derecho...” ob cit p.1171-1190.

²²⁸ No obstante las compañías coloniales, si bien en cuanto a la limitación de responsabilidad suponen un antecedente importante, todavía quedan lejos del concepto moderno de sociedad anónima por su naturaleza iuspublicista, no solo en cuanto a su constitución (por cuanto quedaba sujetas a un acto constituido emanado del poder real –denominado *octroi*–), sino también en cuanto a su funcionamiento y estructura orgánica, donde existía un control del poder real, sin que existieran derechos políticos de los inversores, como los que hoy son inherentes a la aportación de capital. En este sentido DE CASTRO, f. *La persona...* ob cit p. 24.

²²⁹ Sobre la evolución de la personalidad jurídica de la sociedad en concreto vid. GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades*. Tomo I. Madrid: G.T., 1976. p. 146 y ss. En el derecho romano, la primitiva “societas” carece del atributo de la personalidad, limitándose a una pura relación obligatoria. El derecho romano conocía esta contraposición entre la unión contractual que sólo producía vínculos obligacionales (*societas*) y la organización constituida corporativamente (*Universitas*) como institución pública y privada. KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades*. Madrid: Fundación Cultural del notariado. 5ª edición, 2001. p. 35.

²³⁰ Concretamente, por la necesidad de justificar la imputación de responsabilidad a las ciudades que no se mantenían leales al Papa. Así fue Sinivaldo Fieschi (Papa Inocencio IV) quien argumentará la imputación de responsabilidad punitiva y la excomunión de determinadas ciudades a través de la atribución de personalidad. Vid. CAPILLA RONCERO, F. *La persona...* ob. cit. p. 34-36, DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona...* ob. cit. p.147-153; GIRÓN TENA, *Derecho...* ob cit p. 152 y ss.

²³¹ CAPILLA RONCERO, F. *La persona...* ob. cit. p. 36-37, DE CASTRO, F. *La persona...* ob. cit. p. 164 y ss.

²³² Fueron los pandectistas quienes en su afán sistematizador, clasificaron a todos los sujetos de derecho llamando persona natural al hombre y persona jurídica a cualquier sujeto de derechos distinto del hombre. DE CASTRO Y BRAVO, F. “¿Crisis de...” ob cit p. 76.

²³³ DE CASTRO, F. *La persona...* ob. cit. p. 172 y 173.

²³⁴ DE CASTRO, F. “¿Crisis de...” ob cit p. 78 y ss. y *La persona jurídica...* ob cit 220 y ss.

²³⁵ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho de sociedades y del Mercado de valores*. HIERRO ANIBARRO, Santiago (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2010. p 49 y 59, donde hace referencia a la necesidad de financiar grandes compañías nacentes de ferrocarril, banca, industriales, donde el primer instrumento societario importante fue el Código de Comercio francés de 1807, que llamó la atención de la comunidad jurídica internacional.

sociedades anónimas para afrontar inversiones que sin dicha limitación no se podrían emprender, a modo de las antiguas compañías coloniales²³⁶. Y para justificar dicho privilegio, que se interpretaba como una quiebra del principio de igualdad, no quedaba solución más recurrente que acudir a la persona jurídica, consagrando la autonomía patrimonial como mecanismo de atribución de responsabilidad al propio patrimonio social, en los mismos términos y en igualdad, como cualquier otro deudor, y en cumplimiento de la garantía patrimonial universal²³⁷.

Así, la persona jurídica se manifestará en el *hermetismo patrimonial* de la sociedad²³⁸. El paso que se da con la concesión de personalidad jurídica a la sociedad anónima genera la problemática de la extensión a otras figuras de similar naturaleza asociativa, como las sociedades personalistas que cumplen efectivamente los dos principios que hasta entonces se consideraban esenciales para afirmar su personalidad: el carácter asociativo y el fin superior al de sus miembros²³⁹. Así mientras algunos Ordenamientos -como el caso de Alemania- deciden mantener un concepto estricto no otorgando personalidad jurídica a las sociedades personalistas, otros -como el francés o el español- conscientes de lo artificioso de dicha división, les otorgan la personalidad, sobre el fundamento de que la autonomía patrimonial se encuentra en la subsidiariedad de la responsabilidad personal de los socios. Esta relativa autonomía, que no llega al hermetismo de la sociedad anónima, genera la tradicional división en personas jurídicas perfectas (corporaciones fundaciones, asociaciones y entre estas las sociedades capitalistas) e imperfectas (las sociedades personalistas: civil, colectiva y comanditaria)²⁴⁰.

Esta falta de acuerdo a la hora de interpretar y construir un concepto dogmático, que se acentúa con la consagración de la sociedad unipersonal²⁴¹ -que hace quebrar una vez más el componente plural o asociativo de la personalidad- unido a los abusos²⁴² en unos casos y soluciones ineficaces en otros, que el expediente de la personalidad genera, han desembocado en la quiebra del hermetismo de la personalidad dando lugar a la llamada *crisis de la persona jurídica*²⁴³. La crítica a la figura llega incluso hasta la afirmación de su inutilidad o la negación de su existencia²⁴⁴. La situación por la que atravesamos es de una relatividad del concepto, donde la noción de persona jurídica no se puede identificar de modo insondable a la autonomía patrimonial, a la capacidad jurídica, o a la naturaleza asociativa, sino que su contenido lo constituye cada figura a la que aparece atribuida en función del derecho específico que lo regula²⁴⁵.

No obstante, por lo que a nuestro estudio se refiere, y por razones expositivas, nos quedamos con su utilidad como mecanismo de síntesis y ahorro conceptual, con pluralidad de significados -cuya utilidad se predica siempre con el riesgo de no

²³⁶ Es decir, con la limitación de la responsabilidad al capital aportado.

²³⁷ CAPILLA RONCERO, F. *La persona...* ob. cit. p. 66-67. DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: De Palma. 1991. p. 2. BOLDÓ RODA, Cármen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. 4ª edición. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2006, p. 37 y ss. ; URÍA, MENÉNDEZ, Curso...ob. cit. p. 806.

²³⁸ Positivizado en el art. 33 del *Code de Commerce* de 1807. Con ello se produce la privatización de la Sociedad anónima desvinculándola de la estructura administrativa (GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 156)

²³⁹ DE CASTRO, F. *La persona...* ob. cit. p. 229.

²⁴⁰ DE CASTRO, F. *La persona...* ob cit p. 268.

²⁴¹ BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento...*ob. cit. p. 273 y ss.

²⁴² DOBSON, Juan M. *El abuso...* ob cit p. 12-13.

²⁴³ DE CASTRO, F. *La persona...* ob cit p. 236 y ss; CAPILLA RONCERO, F. *La persona...*ob. cit. p. 63 y ss.

²⁴⁴ CAPILLA RONCERO, F. *La persona...*ob. cit. p. 72 y ss.

²⁴⁵ PAZ-ARES, C. "La sociedad..." en URÍA /MENÉNDEZ ob. cit. p. 569.

equivocar su significación- para a través del mismo, simplificar las connotaciones que la sociedad de capital implica en la relación obligatoria, sobre todo en lo referente al hermetismo patrimonial que implica la responsabilidad limitada.

3º Las consecuencias de la personalidad jurídica de la sociedad en el derecho de crédito.

El artículo 35 del Código Civil reconoce como personas jurídica por un lado a las asociaciones, corporaciones y fundaciones (como asociaciones de interés público), y por otro a las asociaciones de interés particular ya sean civiles mercantiles o industriales, otorgándoles capacidad para adquirir y poseer bienes, contraer obligaciones y ejercitar acciones, tal y como reconoce el artículo 38 del Código Civil²⁴⁶. Una cuestión de especial relevancia en este aspecto, es la estrecha relación existente entre publicidad y personalidad jurídica²⁴⁷. Dicha relación se puede advertir en el artículo 22.3 de la Constitución Española a cuyo tenor “*las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad*”. Pero más específicamente respecto al régimen de la sociedad civil, que en el artículo 1669 CC niega la personalidad a la sociedad civil secreta²⁴⁸, dotando así de personalidad jurídica sólo a la sociedad civil pública. El afán del precepto al dotar de personalidad jurídica a la sociedad civil pública es la de hacer coherente la oponibilidad frente a tercero del régimen de la sociedad civil, al contrario de aquellos casos de sociedad oculta en que no es oponible frente a terceros, manifestándose como una comunidad de bienes²⁴⁹. Existe por tanto, sino una identificación, si una evidente relación entre personalidad jurídica, publicidad y oponibilidad frente a terceros.

Esta especie de vinculación entre personalidad jurídica y oponibilidad frente a terceros se percibe con mayor claridad en el régimen de sociedades de capital. Para las sociedades mercantiles, el artículo 33 LSC condiciona el nacimiento de la personalidad a la inscripción registral (“*con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica*”), inscripción que debe ser publicada en el Boletín Oficial del Registro Mercantil (art. 35 LSC). Todo ello se traduce en la necesidad de dotar de publicidad los

²⁴⁶ Definición de la capacidad jurídica general de la persona jurídica y de su capacidad de obrar, sistema *ultra vires*, O'CALLAHAN MUÑOZ, Xavier. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2004 p. 83.

²⁴⁷ ALBALADEJO, M.: *Derecho Civil II...*, ob cit p. 286 y ss. Desde otra perspectivas otros autores entienden que la publicidad no es constitutiva y que no se puede vincular la personalidad jurídica a la inscripción en los términos del art. 33 LSC, sino que más bien la publicidad es un medio de información y por tanto de protección del riesgo contractual, vid SÁEZ, María Isabel “Capítulo III. La inscripción registral”.en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 426.

²⁴⁸ Se refiere el art. 1669 CC a aquellas “*cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros*”.Según CAPILLA RONCERO (“Artículo 1669” en *Comentario del Código Civil y Compilaciones Forales*, Tomo XXI Vol 1º. Revista de derecho privado. 1986, p. 51) la interpretación del precepto se dirige a diferenciar los casos en que el régimen de la sociedad civil es oponible a terceros, y los casos en que no lo es (aplicándose la comunidad de bienes). En tal sentido dice CAPILLA, que las dos notas a que se refiere (pacto secreto y contratación en nombre propio) no son concurrentes, lo que significa que con que no se de cualquiera de las dos, podrá considerarse su oponibilidad frente a terceros.

²⁴⁹ Se trata según CAPILLA de una imprecisión técnica del legislador a la hora de otorgar personalidad jurídica a la sociedad civil cuando lo que se pretendía hacer era regular su relevancia frente a terceros, de tal manera que con esta redacción se unifican conceptualmente personalidad jurídica y relevancia externa de la relación social cuando no son lo mismo (CAPILLA RONCERO “Artículo 1669...” ob cit p.52-53).

actos de las personas jurídicas mercantiles, en aras de la seguridad jurídica en el tráfico, pues la publicidad registral cumple una importante función informativa como medio para rebajar la incertidumbre, constituyéndose como un medio fiable de información dirigida a rebajar los riesgos contractuales²⁵⁰. No obstante, esto no significa que la sociedad sólo tenga capacidad para actuar en el tráfico desde el momento de la inscripción²⁵¹, sino que se configura a la inscripción como un punto de inflexión en cuanto al régimen aplicable, no sólo respecto a la personalidad, sino también a la oponibilidad y responsabilidad de los socios, de tal manera que antes de la inscripción (sociedad en formación) la sociedad y los socios responderán con su patrimonio hasta el límite que se hubieran obligado (art. 37 LSC), sustituyéndose la responsabilidad de la sociedad por la de los socios²⁵², y sólo hasta que sea inscrita la sociedad, momento en que cesa la responsabilidad de los socios (administradores y representantes también según el art. 38 LSC) y empieza a operar los efectos de la personalidad jurídica y la responsabilidad limitada²⁵³.

Se acude así a la idea de la personalidad jurídica como noción que permite unificar una pluralidad de socios en las relaciones externas e internas haciendo ajenos los bienes del fondo social²⁵⁴, y ello a través de la necesaria publicidad de la asociación. La relatividad conceptual y la inseguridad de la persona jurídica hace difícil poder afirmar que surja un nuevo sujeto de derecho, sino más bien se genera una modificación de las relaciones de los sujetos de derecho reales que están detrás, como consecuencia de la aplicación de las normas a través de la persona jurídica²⁵⁵. Es decir, se modifica la obligación directa de cumplimiento individual, en función de las normas de la persona jurídica, en este caso la sociedad de capital. En este sentido, la personalidad jurídica se manifiesta especialmente en la Sociedad capitalista como hermetismo patrimonial fruto de la responsabilidad limitada, que evita que los socios respondan personalmente de las deudas sociales. Y esto genera determinadas consecuencias relevantes en la relación obligatoria, entre ellas, las que han degenerado en la perversión de la responsabilidad limitada dando fruto a lo que se han venido en llamar los *abusos* de la persona jurídica²⁵⁶, que constituye un heterogéneo conjunto de situaciones que se han venido solucionando en la mayor parte de los casos mediante el recurso a la doctrina jurisprudencial del levantamiento del velo societario (*Lifting the corporate veil*)²⁵⁷.

²⁵⁰ SÁEZ. M.I. “Capítulo III...” ob cit p. 426.

²⁵¹ Dado que se ha superado la doctrina de la nulidad de los actos de las sociedades no inscritas, con el régimen de la sociedad irregular y sociedad en formación. vid. SÁEZ. M.I. “Capítulo III...” ob cit p.421.

²⁵² SÁEZ. M.I. “Capítulo III...” ob cit p.434. Entiende SÁEZ que no se puede seguir manteniendo hoy día, que la adquisición de la personalidad esté sujeta a la inscripción, ya que con el régimen existente se puede afirmar que la sociedad en formación es una sociedad con personalidad jurídica que abarca en su capacidad de obrar toda la extensión del derecho material. SÁEZ. M.I. “Capítulo III...” ob cit p.423.

²⁵³ Beneficio que se perderá si en el transcurso de un año no se inscribe (sociedad irregular), lo que supone la aplicación del régimen de la sociedad colectiva o civil perdiendo la limitación de la responsabilidad (art. 39 LSC).

²⁵⁴ CAPILLA RONCERO *La persona jurídica...* ob cit p.147-148.

²⁵⁵ PAZ-ARES, C. “La sociedad...” URÍA /MENENDEZ ob. cit. p.567 y 568 en ese sentido: “no significa [...] que surja un nuevo sujeto de derecho, sino simplemente que se modifican las relaciones jurídicas de las personas físicas que forman parte del grupo. En lugar de someterse a las normas del derecho común(a la doctrina de la comunidad proindiviso de los derechos en el lado activo y de las obligaciones directas individuales o colectivas en el lado pasivo) se someten a las normas de derecho especial...”

²⁵⁶ Idea directamente conectada con la “desestimación de la persona jurídica” (GIRÓN TENA, J. *El derecho de sociedades...* ob cit p. 161), como manifestación de la crisis de la persona jurídica.

²⁵⁷ DAVIS, P. *Grower’s* ...ob cit p. 149 y ss. Respecto de la configuración de la doctrina del levantamiento del velo como abuso de la personalidad vid. DOBSON, Juan M. *El abuso...* ob cit. 661 p. CAPILLA RONCERO, F. *La persona...* ob cit p. 63. BOLDÓ RODÁ, *Levantamiento...* ob.cit. p. 37 y ss.

Otro factor que imprime especiales consecuencias a la relación obligatoria, es la estructura orgánica que es inherente al carácter inmaterial de su personalidad²⁵⁸. Esencialmente en lo referente a la figura de los administradores, que supone el objeto central de este trabajo, en lo referente a los deberes fiduciarios en momentos de crisis empresarial²⁵⁹, que implicará también la crisis de la relación obligatoria. Si hablamos de deberes fiduciarios de los administradores estamos hablando del papel que estos desempeñan como órgano de la sociedad en el desarrollo de la relación obligatoria. El órgano de administración como órgano de gestión y representación es imprescindible en la formación y manifestación de la voluntad de la sociedad²⁶⁰, y como tal adquiere papel protagonista en las relaciones jurídicas de ésta. Así, el sencillo esquema bipolar deudor-acreedor, queda necesariamente alterado.

Los deberes de los administradores son muchas veces elementos esenciales en la solución de los conflictos que la personalidad jurídica genera, pero en ello hay que hacer dos precisiones. En primer lugar, la externalización del riesgo que supone el hermetismo patrimonial, no es exclusiva del ámbito societario, no obstante, parece evidente que la realización de una actividad mercantil y el tráfico en masa elevan el riesgo de insolvencia del deudor y con ello el propio riesgo de satisfacción del acreedor. En segundo lugar, las exigencias de contabilidad ordenada y de publicidad registral que se establecen por seguridad jurídica en el tráfico a las sociedades mercantiles (por tratarse de una entidad de naturaleza mercantil que desarrolla una actividad que lleva aparejado riesgo implícito, por su volumen), y que adquieren importantes dimensiones en la relación obligatoria, no lo son en el ámbito estrictamente jurídico-privado. Mientras en la sociedad la manifestación de voluntad de la persona ha de desdoblarse orgánicamente en la figura del administrador, la persona natural responde de los actos de su propia voluntad con su propio patrimonio. Pero que no existan determinados deberes registrales en el ámbito civil, no implica que no existan deberes derivados de la buena fe²⁶¹ y de la teoría general de los contratos que impidan que el deudor contribuya al error volitivo del acreedor diligente, especialmente en lo que a asunción de riesgos se refiere. Por tanto, ni la externalización del riesgo, ni la exigencia de información veraz en el seno constitutivo de la relación, son elementos exclusivos del ámbito societario, no obstante, la complejidad orgánica y los intereses en tensión que con ella surgen, hace a la estructura societaria más susceptible generar problemas de conflicto de intereses²⁶², que han de ser resueltos desde la perspectiva de la dirección de la sociedad, esto es, la correcta definición de los deberes de los administradores.

Por tanto, consideramos que existen dos aspectos esenciales, consecuencia de la atribución de personalidad jurídica -concretamente a la sociedad capitalista- que generan una alteración de la estructura tradicional del derecho de crédito, tal y como está concebido el derecho común: la responsabilidad limitada (el llamado “hermetismo

²⁵⁸ MARTÍNEZ GUTIERREZ, Ángel, “La representación orgánica...” ob cit p. 28 y ss.

²⁵⁹ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79, que plantea la cuestión de los deberes fiduciarios frente a los acreedores en proximidad a la insolvencia.

²⁶⁰ ESTEBAN VELASCO, G. “Capítulo IV. La representación de la sociedad” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1685.

²⁶¹ MORALES MORENO, M. *El Error...* ob cit p. 229. DIEZ-PICAZO, L. *Fundamentos...* ob cit p. 53 y ss.

²⁶² Sobre conflictos internos entre control y propiedad GUACCERO, Andrea. *Interesse al valore per l'azionista e interesse Della società*. Milano: Giofre editore, 2007. p.115-116 y 120 y ss. SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses en la administración de las sociedades mercantiles*. Bolonia: Universidad Albortotiana. 2008, p. 64. Sobre los conflictos externo entre sociedad otros grupos de interés SANCHEZ CALERO GUILARTE, J. “El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”. En *Revista de Derecho Mercantil*. 2002, N° 246. p. 1660 y ss.

patrimonial”), y la estructura orgánica (el administrador societario). Habrán de analizarse ambos aspectos a fin de concluir si con ello se justifica una alteración de los principios generales de la relación entre deudor y acreedor, cuando el deudor es una sociedad capitalista.

II. EL HERMETISMO PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD DE CAPITAL²⁶³

1º Origen y fundamento de la responsabilidad limitada de la sociedad.

La sociedad de capital –conceptuada entre otros tipos asociativos en el Código Civil como asociación de interés particular según el artículo 35.2º CC- adquiere su personalidad jurídica por mandato de la legislación societaria, mediante la inscripción registral (según el artículo 33 LSC). Pero las particularidades esenciales que puedan implicar las sociedades como deudoras en el ámbito de la relación obligatoria y que puedan justificar un replanteamiento de la relación jurídico-privada con el acreedor, no son hoy día consecuencia directa de la personalidad jurídica²⁶⁴ que ostenta la sociedad o de la naturaleza asociativa²⁶⁵ que inicialmente parece representar, sino más bien como consecuencia del efecto jurídico que dichos conceptos imprimen en el origen de la sociedad de capital, que no es más que el principio de responsabilidad limitada que le es inherente desde su nacimiento –y su razón de ser-, lo que trae como consecuencia la alteración de la tradicional concepción de la dinámica del crédito en el ámbito societario. Dicho de otro modo, que la sociedad tenga o no personalidad jurídica no es el elemento esencial, por las relativas o diversas consecuencias jurídicas que dicho concepto adquiere hoy día, causa de la crisis actual del concepto, aunque haya servido en sus cimientos como argumento artificioso según algún autor²⁶⁶ justificador de la limitación de responsabilidad; ni tampoco la naturaleza asociativa por cuanto la consagración de la unipersonalidad pone de manifiesto a la sociedad como instrumento formal de ejercicio de cualquier actividad (mercantilidad por la forma), desmarcándose de la pluralidad o de la voluntad asociativa como elementos esenciales que subyacen del concepto en su origen pero no en la actualidad.

La limitación de la responsabilidad al patrimonio social como presupuesto vertebrador de las sociedades mercantiles que, tal y como indica el primer artículo de la Ley de Sociedades de Capital, se constituye mediante acciones que representan el capital aportado de los socios, “*quienes no responderán personalmente de las deudas sociales*” (art. 1.2 LSC y 1 de la antigua LSA). Esta morfología de capital en acciones facilita el funcionamiento de la sociedad, como instrumento esencial de la financiación,

²⁶³ Expresión utilizada con frecuencia por la doctrina civilista (por todos vid. DE CASTRO *La persona jurídica...* ob cit p. 241, y 244 y ss.) expresión metafórica que sirve para aludir las consecuencias patrimoniales que tiene la limitación de la responsabilidad. También vid. BOLDO RODÁ *Levantamiento...* ob. cit.p. 38 y siguientes donde explica el dogma del hermetismo como manifestación de la idea que proscribía la desconsideración de la limitación de la responsabilidad.

²⁶⁴ En el sentido de que la personalidad jurídica otorgada a la sociedad anónima surge como indica DE CASTRO más como un artificio fruto del estiramiento del concepto de persona jurídica. Esta concesión de personalidad jurídica a la sociedad supone esencial en su desarrollo pero a la vez es causa de la crisis del concepto de persona jurídica, ya que dicha concesión implica la abstracción de sus componentes: substrato personal y realidad jurídica subyacente. DE CASTRO, F. *La persona...* ob cit. p. 26 27 y 42.

²⁶⁵ Ya que la consagración de unipersonalidad ha superado la necesidad de una pluralidad de sujetos.

²⁶⁶ DE CASTRO, F *La persona...* ob cit. p. 26 y ss.

a través del cual se configura el mercado financiero, lo que convierte a la sociedad de capital en elemento imprescindible para la comprensión del sistema económico²⁶⁷.

La realidad socioeconómica es el resultado de una actividad empresarial edificada -en una abrumadora mayoría²⁶⁸- a través de la sociedad de capital, constituyendo a la sociedad en unidad jurídico-económica básica, como instrumento que da forma no sólo a la pequeña y mediana empresa, sino también a la grande, así como en sistema económico de financiación a través del cual se edifican los grandes imperios empresariales. Y ello es así, si tenemos en cuenta la relatividad del concepto de *empresa* en el ámbito jurídico²⁶⁹. Si bien no existe un concepto jurídico unívoco²⁷⁰ y general de empresa²⁷¹, no se puede por ello desconsiderar el término *empresa* como concepto jurídico-privado²⁷².

²⁶⁷ GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, estado y clases sociales*. Barcelona: Ariel, 1990. p. 91. sobre el significado de la sociedad anónima en la economía DE CASTRO Y BRAVO, F. “¿Crisis de la...?” ob cit. p. 64 donde indica que “ni el invento de la electricidad, ni del vapor, ni el de la aviación han favorecido tanto al progreso de la Economía como la Sociedad anónima y, en fin, que el actual florecimiento del capitalismo y de la economía, orgullo del hombre moderno, no hubieran sido posibles y ni siquiera concebibles sin la Sociedad anónima”

²⁶⁸ Sin negar la importancia de otras formas de organización de actividad económica con o sin personalidad jurídica (fundaciones, asociaciones, sociedades personalistas, comunidades de bienes), o sin olvidar la actividad del empresario individual, con fuerte implantación en la economía española donde existe un importante porcentaje de PYMES en la actividad económica (EMBED IRUJO, José Miguel; SALAS FUMAS, Vicente. “El gobierno de los grupos de sociedades”, en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N°. 64, 2005. p.18, donde se referencia al INE, disponible en la web:

<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214918>).

²⁶⁹ SCHMIDT, Karsten. Derecho Comercial. Manóvil, Rafael M. (Traductor). Buenos Aires: 1997. p. 65 y ss.; DUQUE DOMINGUEZ, Justino. “Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al derecho mercantil”. En *Grupos de Sociedades. Su adaptación a las normas de las comunidades europeas*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales-Universidad de Alcalá de Henares, 1987, p.34-35. GONDRA indica que la empresa está hoy día en todas las ramas del derecho, pero desde múltiples perspectivas teleológico-ordenadoras (GONDRA “La estructura jurídica de la empresa” *Revista de Derecho Mercantil*, n° 228, 1998, p. 498). ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “El empresario mercantil individual. Reglas generales”. En AAVV JIMENEZ SANCHEZ (coord.) *Derecho Mercantil*. 13ª edición. Barcelona: Ariel, 2009. p.105 y ss. pone de manifiesto al naturaleza esencialmente económica de la empresa, cuando dice que el entendimiento del concepto y su enraizamiento hay que buscarlo más en la economía que en el derecho.

²⁷⁰ En concepto de empresa en el ámbito jurídico dependerá del concreto área del ordenamiento en que nos hallemos, cuyos perfiles serán definidos por la legislación sectorial según la utilidad. En el ámbito laboral el concepto empresario como sinónimo de empleador se constituye como uno de los pilares sobre los que descansa el derecho laboral. El artículo 1 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los trabajadores acoge los conceptos de empresa, de empleador o empresario, donde dice en el apartado segundo: “A los efectos de esta Ley, serán empresarios todas las personas, físicas o jurídicas, o comunidades de bienes que reciban la prestación de servicios de las personas referidas en el apartado anterior, así como de las personas contratadas para ser cedidas a empresas usuarias por empresas de trabajo temporal legalmente constituidas”. En el Código de Comercio no se define el concepto de empresa ni de empresario, pero sí el de comerciante. En la realidad actual, ya no existe esa correspondencia entre comercio y actividad mercantil (ya que el comercio es solo un sector de actividad) ROJO, A. “Primera parte: Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial” en URÍA/MENENDEZ. *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Segunda edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. p. 69. En tal sentido indica que no existe norma legal que contenga una definición completa y apropiada.

²⁷¹ Existe cierto paralelismo con el concepto de grupo, que no encuentra un concepto unívoco. Se habla de grupo de sociedades y de grupo de empresas, aunque con criterios delimitadores distintos en función del ámbito sectorial que lo este regulando EMBED IRUJO, J.M. *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares, 2003. p.21. El concepto de grupo como organización empresarial tiene cierto paralelismo con el concepto de empresa, en el sentido del grupo como dirección unificada de una organización, y en el sentido de carecer de personalidad jurídica, y no ser en definitiva centro de imputación de responsabilidad. DE ARriba FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de Grupos de Sociedades*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas 2009, p. 404 y ss; GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002. p.25-26.

²⁷² EIZAGUIRRE. *Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1999, p. 71 indica que el derecho ha hecho suyo el concepto de empresa, pero configurado como supuesto de hecho de sus normas. Según EIZAGUIRRE, siguiendo las tesis dualistas, distingue entre la proyección subjetiva y objetiva de empresa, refiriéndose a la primera a una dimensión dinámica como actividad (continuo obrar del hombre) y a la segunda como una dimensión estática, es decir como un

El Código de comercio no define a la empresa ni al empresario, aunque si lo hace con el comerciante (quienes ejercen el comercio junto con las compañías mercantiles e industriales según el art. 1 CCo), fruto de la vinculación histórica del concepto de comerciante y de la actividad mercantil, y donde hoy día, dicha delimitación subjetiva ha dejado de tener vigencia²⁷³, en un ámbito en el que el comerciante es una clase de empresario (pues el comercio es sólo un sector de actividad), de ahí la necesidad de la definición jurídica del concepto de empresa en el ámbito mercantil²⁷⁴ donde la empresa y el tráfico en masa son precisamente su razones de ser²⁷⁵.

El concepto de empresa²⁷⁶ varía de significación en función de la disciplina desde la que se defina, así desde la perspectiva de la sociología la empresa tiene un significado distinto que desde la economía o el derecho²⁷⁷, por evidentes motivos teleológicos. La ausencia hasta ahora de un perfil nítido, unívoco y general del concepto de *empresa*, impide que se pueda postular como la categoría científica idónea en la que el sistema jurídico pueda encontrar el carácter institucional en el que edificar la organización y el intercambio económico, que si ha encontrado en la sociedad de capital²⁷⁸. Y ello es porque es la sociedad, quien ostenta la auténtica titularidad de la

bien (resultado de dicho obrar). En tal sentido el empresario es el titular de los derechos que dimanen de ambas perspectivas. ROJO entiende como empresario a la persona natural o jurídica que ejercita en nombre propio (por si o por medio de representantes ya que el derecho no exige un despliegue de una actividad directa y personal siendo suficiente que se ejercite en su nombre) una actividad económica (producción distribución o servicios) adquiriendo la titularidad de las obligaciones y derechos nacidos de esa actividad (ROJO, A. “Primera parte: Empresario...” ob cit p. 70). Es en este sentido quien asume el riesgo de empresa (que los costes sean superiores a los ingresos).

²⁷³ Recientemente se ha publicado la Propuesta del Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, constituida por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006). Pese a que dicha propuesta no deja de ser un borrador pendiente de tramitación parlamentaria donde quedan por perfilarse muchos aspectos sobre los que hay abiertos interesantes debates doctrinales, presenta un contenido de gran relevancia dado que en él han participado gran parte de la doctrina mercantilista más autorizada. En la exposición de motivos respecto de la delimitación de la materia mercantil dice: “*Para calificar a esos ámbitos, subjetivo y objetivo, el concepto de referencia es la empresa como organización económica de producción de bienes o prestación de servicios, a partir de la cual se identifica a su titular (el empresario) y a la actividad que desarrolla en el mercado. Mas la titularidad de una empresa, criterio unitario para la calificación del empresario persona natural*”. En tal sentido el art. 001-2 de la citada propuesta en la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación, define el concepto de empresario: “*Las personas físicas que ejerzan o en cuyo nombre se ejerza profesionalmente una actividad económica organizada de producción o cambio de bienes o de prestación de servicios para el mercado, incluidas las actividades agrarias y las artesanales.*

2º. *Las personas jurídicas que tengan por objeto alguna de las actividades indicadas en la letra anterior.*

3º. *Las sociedades mercantiles, cualquiera que sea su objeto.*”

²⁷⁴ ROJO A. “Primera parte: Empresario...” ob cit p. 69, EIZAGUIRRE *Derecho mercantil...* ob cit p. 71.

²⁷⁵ El tráfico mercantil como tráfico en masa que requiere de una determinada organización económica a la que se denomina empresa (según autores como Gordon, Locher, Radbruch, referenciados en OLIVENCIA RUIZ-“Derecho mercantil y derecho de la empresa. (Capítulo 3)”. En JIMENEZ SANCHEZ, Guillermo J (Coord.) y otros. *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998. p. 23.

²⁷⁶ ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “El empresario...” ob cit p.107 define la empresa como persona física o jurídica que “*combina capital y trabajo para la producción de bienes y servicios en orden a su colocación en el mercado y con ánimo de ordinariamente obtener una ganancia o beneficio*” [...] “*manifestación objetiva de bienes y derechos, así como de las relaciones con otras personas que el empresario organiza y dirige en orden a la producción de bienes y servicios*”.

²⁷⁷ GONDRA “La estructura jurídica...” ob cit. p.496, donde indica como la empresa vista desde la sociología es una asociación funcional de personas con fines de trabajo en común, en cambio desde la economía se trata de un concepto más amplio, al tratarse de una organización que incluye no solo personas sino también bienes de todo género, en razón de su capacidad para producir bienes y servicios. Esto se traduce en una “*realidad híbrida*” de sujeto objeto, y en la indisociabilidad de ambas dimensiones (sujeto-objeto), indica GONDRA, “*radican sin duda, las mayores dificultades para su aprehensión conceptual por el Derecho*” (ob cit p.498-499).

²⁷⁸ GALGANO, F. *Las instituciones...* ob cit p. 91 y ss. Indica GONDRA, siguiendo a GIRÓN, que la dificultad de dotar al derecho de un concepto unívoco y general de empresa radica en la necesidad de separar a doble dimensión objetiva (empresa organización) y subjetiva (titularidad). Vid GONDRA “La estructura jurídica...” ob cit. p.508.

empresa²⁷⁹ al haber sido investida de personalidad jurídica propia, convirtiéndose en el elemento básico a través del que se articula -como centro de imputación de los derechos y deberes- de la empresa, y la institución jurídica, y unidad jurídica básica independiente y autónoma²⁸⁰ como elemento de organización empresarial. Y esta ubicación se hace originariamente a través de la concesión de la personalidad jurídica, que contribuye a la evolución y expansión de la sociedad capitalista como elemento necesario en la evolución del sistema, pero que a la vez es causa u origen de la crisis de la persona jurídica²⁸¹. Pero, aunque no es la personalidad jurídica el elemento esencial, por cuanto la sociedad no surge de la persona jurídica -sino mas bien se ensancha el concepto y se introduce²⁸²-, si es concepto clave de su evolución y morfología actual. En definitiva, la sociedad es centro de imputación mediante el artificio de su personalidad jurídica, a través de donde se constituye su autonomía, y donde se acuña la expresión “hermetismo patrimonial”, como manifestación de la responsabilidad limitada.

La limitación de responsabilidad no sólo camina junto con la sociedad de capital desde su inicio, sino que es la causa que impulsa su surgimiento, y por tanto, su razón de ser, hasta el punto de que es precisamente la necesidad de limitar el riesgo de las empresas el hecho que promueve el nacimiento de la sociedad de capital²⁸³. Incluso si consideramos a las compañías coloniales como el remoto precedente de la sociedad anónima²⁸⁴, advertimos que es en realidad la necesidad de buscar un capital sin responsabilidad personal de los que allí concurren, que financie la explotación colonial, que de otro modo no se podrían emprender, bajo el auspicio y control real. No obstante, esta remota *societas publicae*, presenta importantes diferencias en su génesis como para calificarlas de primeras sociedades anónimas²⁸⁵, sobre todo por tratarse esencialmente de figuras de derecho público por cuanto estaban sujetas a un acto constitutivo del poder real (*octroi*)²⁸⁶, además de presentar importantes diferencias orgánicas y de funcionamiento (control real, ausencia de derechos políticos, etc). Como institución del derecho privado²⁸⁷, es en el Código de Comercio napoleónico donde se vislumbra a la moderna sociedad de capital. La revolución liberal burguesa necesita del mecanismo que permita a los comerciantes emprender diversas opciones de inversión sin necesidad de controlar políticamente y sin comprometer su patrimonio con negocios que directamente no dirigen, y de los que se quiere salir y entrar eventualmente en función de las buenas o malas perspectivas circunstanciales, y del buen o mal hacer de sus dirigentes. Esto se traduce en la necesidad que irá demandando el incipiente capitalismo de la asignación de los recursos, poniendo el capital en funcionamiento, permitiendo que el poseedor del capital lo ponga en manos de los factores de producción, y que

²⁷⁹ GONDRA “La estructura jurídica...” ob cit. p.511 indica que empresario para el derecho no es el socio ni el administrador sino la sociedad anónima. Es por tanto la sociedad quien ostenta para el derecho la auténtica titularidad de la empresa a través de su personalidad jurídica.

²⁸⁰ PAZ-ARES, en URÍA Y MENÉNDEZ...ob cit. p. 1474 y ss. GONDRA “La estructura jurídica...” ob cit. p.496-497.

²⁸¹ DE CASTRO, F. *La persona...* ob. cit. p. 237 y ss.

²⁸² DE CASTRO, F. *La persona...* ob cit p. 26.

²⁸³ GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 152 y ss. DE CASTRO, F. “¿Crisis de...” ob cit p. 78 y ss. y *La persona jurídica...* ob cit 220 y ss

²⁸⁴ En España el primer antecedente se da con el proyecto de fundación de diversas compañías comerciales, a propuesta del conde-duque de Olivares. Sobre los antecedentes de la sociedad anónima en España vid. HIERRO ANIBARRO *El origen de la sociedad ...* ob cit, p.26.

²⁸⁵ En este sentido de desconsiderar a las compañías coloniales como auténticos precedentes de la sociedad anónima por importantes diferencias en su génesis, DE CASTRO, F. *La persona...* ob. cit. p. 24.

²⁸⁶ DE CASTRO *La persona...* ob. cit. p. 24; CAPILLA RONCERO, F. *La persona...* ob cit p. 39 y ss.

²⁸⁷ GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 156.

desemboca en el nacimiento y desarrollo de los mercados de capitales y del sistema financiero en general, y donde se empieza a advertir la separación entre control y propiedad, y con ello el surgimiento del mercado del control societario²⁸⁸.

Pero desde la perspectiva del derecho civil patrimonial, la cuestión será indagar acerca de si este principio esencial, supone una peculiaridad importante desde los elementos subjetivos de la relación obligatoria, y concretamente desde la posición de deudor, que implique la necesidad de unos concretos mecanismos protectores. El -mal llamado²⁸⁹ - principio de responsabilidad limitada al capital social se traduce no sólo en la visión negativa de que los socios no han de aportar más que la cifra de capital, sino también en la positiva de que con dicho capital se responde frente a los acreedores²⁹⁰. Por tanto la sociedad responde del cumplimiento de sus obligaciones (artículo 1911 del CC) con sus bienes presentes y futuros, que no serán otros que su propio capital -y sólo con él-. Los postulados de estas normas configuradoras del capital social mínimo, han sido objeto de revisión por ciertos sectores doctrinales, desde el derecho y la economía²⁹¹, sobre la base de la inadecuación de estas normas como auténticos mecanismos de protección de los acreedores frente a la sociedad²⁹². Si bien es cierto que el principio de capital mínimo tiene una función de garantía²⁹³ como umbral de seriedad de iniciativa económica²⁹⁴, se dice por parte de quienes le critican, que no garantiza una adecuada capitalización de las sociedades puesto que el capital mínimo es totalmente independiente del riesgo empresarial efectivamente asumido²⁹⁵, ya que una norma sobre el capital adecuado no puede establecerse de forma general para todas las empresas con independencia de la dimensión, del sector de actividad o del riesgo asumido²⁹⁶. La regla del capital mínimo, puede suponer un lastre a la competitividad de las empresas, y al incentivo a la iniciativa privada al impedir la formación de sociedades carentes de activos pero potencialmente prósperas apoyadas en una sólida idea de negocio²⁹⁷. De ahí que desde ciertos sectores se abogue por prescindir de la regla del capital mínimo (*legal capital*) en beneficio de otros instrumentos, tomando como imagen el sistema norteamericano carente de dicha regla, y cuya protección se articula *ex ante* mediante el establecimiento de determinados mecanismos convencionales (p.e. *financial*

²⁸⁸ GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía...* ob cit p 91 y ss.

²⁸⁹ No es que se limite sino que el socio no responde, siendo la nueva persona jurídica la que responde con su patrimonio vid. SÁNCHEZ CALERO, F. "Artículo. 1..." ob cit. p.35

²⁹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; VAQUERIZO ALONSO, Alberto "Artículos 1 a 3 de la Ley de sociedades anónimas". En *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 113.

²⁹¹ ALONSO LEDESMA, C. "Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores". En *Estudio de derecho de sociedades y concursal. Libro homenaje al profesor García Villaverde*. vol. 1. Madrid: Bosch, 2007 p.127 y ss. vid también OTXOA ERRARTE, ob cit. p. 91, que explica que dicho principio pretende asegurar la absorción de eventuales pérdidas.

²⁹² El artículo 4 LSC establece un capital mínimo de 3.000 € para las Sociedades de Responsabilidad Limitada y de 0.000 para las Sociedades Anónimas. La diferencia se debe a la intención del legislador de que no sea utilizada la forma de sociedad anónima por pequeñas empresas, tal y como explican URÍA/MENÉNDEZ/GARÍA DE ENTERRÍA. "La sociedad anónima" (Capítulos 29-40) en URÍA/MENÉNDEZ *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.p. 819.

²⁹³ Como indica OTXOA ERRARTE, ob cit. 95-96, el desembolso del capital mínimo supone un fondo de explotación al servicio de la actividad, que impide su distribución a los socios garantizando un mínimo de seriedad ob cit. 95-96, ,

²⁹⁴ MIOLA, Massimo. "Tutela de los acreedores en las sociedades de capital y técnicas alternativas. El debate entre la tradición europea continental y el punto de vista anglosajón". En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p. 22.

²⁹⁵ Además de que puede ser engañoso para acreedores inexpertos (vid.OTXOA ERRARTE ob cit p. 93).

²⁹⁶ MIOLA, M "Tutela..." ob cit p.22. Imposibilidad de garantizar de forma absoluta la futura solvencia de la sociedad

²⁹⁷ ALONSO LEDESMA, C. "Algunas reflexiones..." ob cit. 135.

*covenants*²⁹⁸), y *ex post* mediante la exigencia de responsabilidad de los administradores²⁹⁹.

No obstante, con independencia del sistema de capital adoptado, lo relevante es el límite a la responsabilidad patrimonial universal que supone el “hermetismo patrimonial” de la sociedad. Dicho hermetismo ha sido tradicionalmente considerado por la doctrina civilista³⁰⁰ como una especie de privilegio, que permite a los deudores disponer de este mecanismo de la personalidad jurídica societaria para eludir responsabilidades frente a los acreedores. No estaban faltos de razón, por cuanto veían como los abusos de la personalidad jurídica encontraban difícil respuesta en los mecanismos de protección del acreedor tradicionales del derecho común. Fue por la vía jurisprudencial por donde los Ordenamientos fueron dando respuesta casuística a las múltiples lagunas que generaba el sistema basado en la personalidad Jurídica (*Lifting the veil, etc.*). No obstante, la diferencia de las legislaciones, la heterogeneidad de supuestos de hecho inagotables, la diversidad fundamentos jurisprudenciales y de doctrinas propuestas, mantienen aún vivo un complejo debate que dura ya más de dos siglos que afecta no sólo al ámbito societario sino que trasciende al corazón mismo del derecho civil patrimonial. Así pues el planteamiento que se pretende hacer es si -por este hermetismo patrimonial de la sociedad- la relación obligatoria requiere de especiales mecanismos de protección del acreedor, y si es así, cuáles son esos mecanismos que actualmente se utilizan, y cómo se enmarca todo ello en las situaciones de crisis empresariales.

2º Función del principio de responsabilidad limitada en el tráfico

La limitación de la responsabilidad del accionista a la aportación al capital social desempeña un papel esencial como se indicaba más arriba, que se puede desglosar en el desempeño de diversas funciones³⁰¹.

En primer lugar, hace frente a la aversión al riesgo del inversor³⁰². Al eliminar el riesgo de la esfera personal, en un primer momento del comerciante, y hoy en día del inversor en general, supone un incentivo a la inversión. Al limitar el riesgo a la aportación realizada, el Ordenamiento promueve el mecanismo que pone en marcha la

²⁹⁸ Obligaciones paralelas y accesorias a la obligación principal, relativa a la devolución del capital e intereses y cuya función es el mantenimiento de la solvencia durante la vida del préstamo (NAVARRO LERIDA, M. S. “Los *covenants*: ¿sustitución del régimen del capital social o modificación del Derecho concursal?” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p. 357)

²⁹⁹ Donde las garantías se constituyen a través de la autorregulación o por vía convencional mediante los llamados *financial covenants* (límite al fondo de explotación *working capital*), o el establecimiento de coberturas de los intereses del crédito *interest cover ratio*, generalmente en base a los índices de rentabilidad, etc... vid. OTXOA ERRARTE ob cit p.111; ALONSO LEDESMA, C. “Algunas reflexiones...” ob cit 136 y ss.; MIOLA, Massimo. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 24 como mecanismo que reducen la responsabilidad del administrador.

³⁰⁰ El profesor de castro ya veía en el privilegio un riesgo de abuso de los mismos, pues sólo cuando existe una pluralidad de personas se puede encontrar una explicación al fenómeno asociativo, DE CASTRO *La persona...* ob cit p. 42.

³⁰¹ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; VAQUERIZO ALONSO, Alberto “Artículos 1 a 3...” ob cit p. 119-121.

³⁰² POSNER, ob cit p. 630.

circulación de capitales que financian el desarrollo empresarial. Así el inversor salva su patrimonio personal de riesgos que no gestiona³⁰³ (dada la separación existente entre control y propiedad³⁰⁴). Según ha indicado algún autor³⁰⁵, ésto es más una consecuencia o una característica que una función, pese a que con ello se produce, según indican otros, la profesionalización del cargo de administrador³⁰⁶. Respecto a esta cuestión, parece oportuno rescatar la reflexión del profesor Federico de CASTRO, que sin referirse directamente a la profesionalización en los consejos de administración, sí advertía una consecuencia relativa a la evolución del sistema hacia una sociedad controlada cada vez más por financieros y menos por industriales, en beneficio de la especulación y burocratización del sistema³⁰⁷.

Otra importante función de la responsabilidad limitada es que dota de estabilidad a la sociedad permitiendo la transmisibilidad de las acciones³⁰⁸. En caso de no operar dicho principio, el riesgo de la sociedad, y con ello el valor de las acciones, estaría sujeto a la condición personal del socio, y por tanto a su propio patrimonio, por lo que la solvencia individual del socio sería relevante a efectos del cálculo del riesgo relativo del resto de socios, lo que impediría la libre transmisibilidad, y por tanto la liquidez del mercado. La autonomía patrimonial de la sociedad permite que los títulos se transmitan en los mercados de manera rápida dotando de liquidez al sistema financiero (*marketability* de la acción³⁰⁹), dando cumplimiento a su función esencial como mecanismo de asignación del ahorro a la inversión³¹⁰.

³⁰³ Como indica ARRUNADA, dicha limitación confina el conflicto entre accionistas y administradores pues en el peor de los casos solo podrá este último dilapidar el valor neto de la compañía (ARRUNADA B. *Teoría contractual de la empresa*. Marcial Pons: Madrid, 1998. p. 405); Tb. ARRUNADA, B. *Empresa, Mercado e Instituciones*. Navarra: Thomson-Civitas, 2013. 496 p. 426-427.

³⁰⁴ Más acentuada en los países anglosajones donde la descentralización es mayor, como indica ALONSO LEDESMA, Carmen. "El buen gobierno de las sociedades en Europa: a propósito del estudio comparativo de los códigos de conducta existentes en los estados miembros de la UE realizado a instancias de la Comisión europea por el Estudio Jurídico Weil, Gotshal & Manges." *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Año 21, nº 88, 2002. p.139.

³⁰⁵ En este sentido SÁNCHEZ CALERO no cree que la disociación control propiedad sea una función sino más bien "el propósito del Ordenamiento jurídico de fomentar la iniciativa económica mediante la aportación de capitales para el desarrollo de determinadas empresas sin llegar a asumir un riesgo perpetuo de los accionistas." SÁNCHEZ-CALERO, F. "Artículo 1..." ob cit p. 38.

³⁰⁶ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; VAQUERIZO ALONSO, Alberto. "Artículos 1 a 3..." ob. cit. p. 120.

³⁰⁷ "El creador de empresas, el inventor, el descubridor, los grandes organizadores industriales, los hombres que revolucionaron-para bien y para mal- la economía del mundo moderno, en nada se parecen a los modernos promotores de compañías y financieros. La historia del capitalismo muestra la paulatina preponderancia del financiero sobre el industrial. [...] Aduñados los financieros de la dirección de las empresas, al conseguir el control de las acciones de la sociedad, la vida económica cambia de rumbo. [...] En este caso [...] habría de pensarse en una reforma radical de la Sociedad Anónima, que redujese a los financieros a su condición natural de prestamistas y que impidiese que la burocracia bancaria y administrativa coartasen ese espíritu de iniciativa." DE CASTRO. *La persona jurídica*...ob. cit. p. 59-61

La situación económica actual -la crisis económica fruto de una crisis financiera que pone de manifiesto la importancia del sistema financiero y la dependencia que del mismo tiene la gran industria y el propio crecimiento de los Estados- parece dar la razón al profesor DE CASTRO cuando escribía: "Con el mínimo esfuerzo, podría conseguir el Estado el control de la gran industria con sólo nacionalizar los grandes Bancos". DE CASTRO. *La persona jurídica*...ob. cit. p. 60. Interesante me parece una reflexión que considero digna de mención: "...La burocracia financiera aficionada a la ganancia segura y enemiga de aventuras y novedades, se ha hecho patente en las dos guerras mundiales: cuando los Estados en peligro han tomado la dirección económica de los países y han financiado sin tacañerías, es cuando la industria ha dado los saltos gigantescos e insospechados que transforman la vida del hombre contemporáneo" DE CASTRO. *La persona jurídica*...ob. cit. p. 59.

³⁰⁸ Indica ARRUNADA que la enajenabilidad de las acciones permite tres funciones esenciales: que los disidentes con la gestión puedan salirse de la sociedad, permite la cotización como mecanismo de valoración de la gestión, y hace viable el mercado del control societario. (ARRUNADA *Teoría*...ob cit p. 405-406, 412-413). Vid. POSNER, ob cit p. 631-632.

³⁰⁹ Término anglosajón utilizado para aludir a la aptitud de las acciones de una sociedad para ser objeto de negociación en un mercado organizado, como indica ILLESCAS ORTIZ, Rafael. "La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales" en *Derecho de los Negocios* nº 165, 2004 p. 6.

³¹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; VAQUERIZO ALONSO, Alberto "Artículos 1 a 3..." ob cit. p. 119.

Pero la función esencialmente relevante por lo que al objeto del presente trabajo interesa, es la relativa al desplazamiento del riesgo a los acreedores³¹¹. No obstante, más que hablar de desplazamiento del riesgo podríamos hablar de externalización³¹² o disponibilidad del mismo, por cuanto, la función real sería la de permitir la negociación del riesgo de la sociedad con los proveedores y acreedores de la misma, como elementos, también, esenciales en su funcionamiento. En caso contrario, es decir, en que dicho desplazamiento no sea el resultado de la distribución de las partes mediante la autonomía de la voluntad, estaríamos ante un efecto perverso de la responsabilidad limitada, como es la imposición del riesgo de la sociedad a quien no forma parte de la misma. Lo relevante será determinar si estamos efectivamente ante un desplazamiento del riesgo o más bien ante una incorporación del riesgo al precio del contrato³¹³, o dicho de otro modo, si la hermética personalidad permite el libre juego de la negociación o puede servir como mecanismo de fraude de acreedores.

3º El desplazamiento del riesgo a los acreedores

Uno de los puntos esenciales que justificarían el replanteamiento de los criterios de protección del acreedor por las especiales circunstancias de la relación obligatoria con el deudor societario, es precisamente el desplazamiento del riesgo que se produce como consecuencia del hermetismo patrimonial de la persona jurídica. Cuando se habla de desplazar el riesgo como consecuencia de la responsabilidad limitada, la perspectiva que se adopta es la de considerar que estamos ante una especie de privilegio del accionista³¹⁴ en remoto perjuicio del acreedor, pero en beneficio general de la sociedad y de la industria, que encuentran así el incentivo al desarrollo, crecimiento económico, y promoción del intercambio. Desde esta perspectiva nos encontraríamos ante una odiosa³¹⁵ norma que impondría el sacrificio del acreedor mediante una *injusta* obligación de soportar un riesgo a quien ni lo genera, ni se beneficia directamente de él. No obstante, tendemos a distanciarnos de este planteamiento, dado que dicha externalización no es una mera carga o desventaja sin más para el acreedor, sino que la externalización del riesgo permite al acreedor llegar a acuerdos eficientes en cuanto a la disposición del riesgo³¹⁶.

Por ello, entendemos que es una perspectiva inexacta la consideración de la responsabilidad limitada como una consecuencia perversa para los acreedores sociales – o al menos como algo imperativo o innegociable-, sino más bien como un mecanismo que se genera como consecuencia del desplazamiento del riesgo, que cumple la función

³¹¹ ARRUNADA *Teoría...* ob cit p. 421. ARRUNADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 452.

³¹² PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p.

³¹³ SÁNCHEZ-CALERO “Artículo 1 ...”ob cit. p.38

³¹⁴ OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, Rosa. *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad*. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 31 y ss.

³¹⁵ PAZ ARES. “La infracapitalización...” ob cit p. 257.

³¹⁶ Indica POSNER que la responsabilidad limitada no es un instrumento para la eliminación del fracaso empresarial, sino más bien una manera de trasladar el riesgo a los acreedores a cambio de la correspondiente prima por dicho desplazamiento (POSNER, ob cit p.630). En tal sentido es posible que el acreedor esté en mejores condiciones de evaluar el riesgo (p.e. los bancos), o que el accionista sienta mayor aversión al riesgo con lo que el acreedor asume o completa esa función financiera (ob cit p.631). ARRUNADA *Teoría...* ob cit p. 421.

de permitir a los operadores del tráfico, a través de la autonomía de la voluntad, negociar el nivel de riesgo que quieren asumir en un determinado negocio jurídico³¹⁷, para lo cual el intercambio de información entre las partes resultará esencial en la correcta formación de la voluntad, y por tanto del eficiente traslado del riesgo³¹⁸. Por ello, entendemos que la cuestión esencial no se centra en la externalización del riesgo en sí, sino en la forma en que se dispone del mismo, por lo que lo relevante serán las cuestiones relativas al intercambio de información, o la imputabilidad de la desinformación (esto es error esencial y excusable), en lo referente a la válida formación de la voluntad contractual³¹⁹.

El ámbito en el que se desarrolla la actividad empresarial, y con ello la estructura de las sociedades de capital, es la de una compleja estructura, microcosmos que supone un auténtico mercado en sí mismo, en el que concurren una pluralidad de intereses contrapuestos que pugnan entre sí y que se equilibran mediante la negociación (individual o colectiva, personal o institucional) con la que los titulares de dichos intereses tratan de proteger los suyos propios. Es el libre funcionamiento del mercado el que equilibra y lleva a fin la negociación de los respectivos intereses concurrentes. Pero el mercado es susceptible de generar fallos -externalidades, costes de transacción, etc.³²⁰- que impiden que la satisfacción de los intereses funcione de forma libre o eficiente, lo que viene a justificar la intervención del legislador. En ese sentido, el derecho de sociedades es el que debe facilitar el equilibrio eliminando los costes que dificultan el intercambio y consecución de intereses, tales como costes de agencia o transacción³²¹. Los acreedores en la negociación con la sociedad se anticipan a la conducta futura de ésta³²², pedirán garantías en la negociación³²³, en función del riesgo o la rentabilidad del negocio, es decir, la prima de riesgo³²⁴, pasando el riesgo a formar parte del precio del contrato o del coste de financiación, con lo que realmente se está comprando o negociando riesgo³²⁵. Los acreedores diligentes e informados, deberán ponderar el riesgo al contratar con la sociedad y decidir si asumen o no un determinado nivel de riesgo, que en el seno de la negociación individual supondrá la exigencia a los accionistas de las garantías³²⁶ susceptibles de negociación: capitalizaciones adecuadas, avales, derechos reales, etc. Por su parte, la sociedad adoptará la estructura de financiación más adecuada que será aquella que minimice sus costes de agencia³²⁷. Así

³¹⁷ Por tanto, los efectos nocivos del desplazamiento del riesgo se desplegarían si dicho desplazamiento se produjese de modo imperativo o innegociable, ajeno a la autonomía de la voluntad. Vid. ARRUÑADA *Teoría...* ob cit p. 421.

³¹⁸ El coste de la información es el principal problema que surge en la formación contractual, pues a veces es costosa obtenerla o interpretarla. Respecto de la asimetría informativa como coste de transacción en la relación contractual ARRUÑADA *Teoría...* ob cit p.137 y ss.

³¹⁹ PAZ-ARES. “La infracapitalización...” ob cit p. 258.

³²⁰ Desde el punto de vista contractual PAZ-ARES “Principio de Eficiencia...” ob cit p. 2862-2864. Respecto del derecho de sociedades PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 254.

³²¹ Función directiva, sino una función facilitadora: rebajar los costes de agencia y, en definitiva, los costes de transacción que entorpecen o dificultan las soluciones de equilibrio en las interacciones que tienen lugar dentro de la empresa. ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 149 y ss.

³²² POSNER ob cit p.632, la tasa de interés reflejará el riesgo del impago tal y como se estime ese riesgo en el momento de la firma. PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit. p. 259-260

³²³ Salvaguardias precontractuales (supervisión, garantías, emisión de deuda convertible), y postcontractuales (restricciones a la política financiera, de dividendo o de amortización de préstamos, etc.) ARRUÑADA *Teoría...* ob cit p. 371 y ss.

³²⁴ POSNER ob cit p.632, El prestamista voluntario se verá plenamente compensado del riesgo de impago por la tasa de interés más elevada.

³²⁵ SÁNCHEZ-CALERO, Fernando. “Artículo 1...” ob cit. p. 5 y ss.; vid BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos y Quiebra...* ob cit p. 43, sobre el binomio riesgo-rentabilidad

³²⁶ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 453.

³²⁷ Así explicaba PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit. p. 256: “En este aspecto puede decirse que la relación recursos propios/recursos ajenos ha de confiarse a las fuerzas del mercado, pues ella se buscarán la composición

la relación entre deuda y capital, irá en función de la relación entre los costes de agencia internos y externos, de tal manera que se optará por un alto índice de deuda cuando los costes de agencia externos (deuda) que genera el endeudamiento son menores que los internos que soporta (capital), o viceversa³²⁸.

Por ello, se concibe al principio de responsabilidad limitada al capital como un instrumento que el legislador ofrece y que los operadores se encargan de modular en su negociación individual. Pero hay situaciones en que la manifestación de voluntad o negociación del riesgo se produce de forma imperfecta. Así es el caso por ejemplo las obligaciones extracontractuales o de los pequeños acreedores que carecen de capacidad negociadora. Estos acreedores sociales no operan en óptimas condiciones de igualdad negociadora para el correcto desenvolvimiento de la dinámica del mercado, lo que viene a justificar la intervención del legislador para corregir dicho desequilibrio³²⁹.

Desde la perspectiva del análisis económico del derecho donde se plantea el estudio de los conflictos atendiendo a una visión objetiva de justicia, entendida como eficiencia, con el predominio de la perspectiva *ex ante* frente a la *ex post*³³⁰, se ha afirmado que —siempre y cuando no existan fallos de mercado— la responsabilidad limitada es un punto de partida *ex ante* como modelo otorgado por el legislador y que es susceptible de ser modificado mediante la negociación individual de las partes en función del riesgo que cada una de ellas estén dispuestas a asumir en una concreta relación jurídica, pudiendo modular dicho riesgo³³¹ mediante la exigencia de garantías más allá del propio patrimonio de la persona jurídica³³². Por su parte, la inobservancia

óptima —aquella que maximiza el valor de la empresa— al ajustaría para minimizar los costes de agencia internos y externos. En muchos casos, en efecto, puede interesar a las partes que la sociedad tenga un elevado índice de endeudamiento, puesto que los costes de agencia externos que provoca son menores de los costes de agencia internos que ahorra. No puede olvidarse, en este sentido, que el endeudamiento de la sociedad puede mitigar los conflictos”. También vid. BISBAL I MÉNDEZ, “El gobierno...” ob cit p. 1676, sobre los análogos objetivos de mercado y empresa, que implica la necesidad de promover que los recursos se apliquen a los empleos más útiles, mediante la idea de “mercados jurídicos”. Sobre los costes de agencia ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 143 y ss.

³²⁸ Como indican las famosas tesis de MILLER y MODIGLIANI, según la microeconomía clásica la estructura de capital de las sociedades no influyen en el valor real de la empresa, es decir, la estructura financiera en condiciones abstractas resulta irrelevante (ARRUÑADA *Teoría...* ob cit p. 358). Por su parte, explicaba PAZ-ARES a este respecto: “*Si el coste de agencia de la deuda con terceros es menor que el beneficio que se logra al reducir los costes de agencia internos, es de esperar que estas sociedades estén altamente endeudadas y que se constituyan primero y sobrevivan después con escasas disponibilidades de capital. No es de extrañar por ello que las sociedades que operan en industrias maduras —con pocas probabilidades de crecimiento— y que, por esta razón, podrían tener mucha tesorería discrecional tengan un alto nivel de endeudamiento. La evidencia empírica disponible así lo demuestra. Naturalmente, en otros casos, la solución eficiente exige otra estructuración de las finanzas de la sociedad. Así por ejemplo, cuando el valor de liquidación de la empresa es muy reducido o cuando sus activos son fácilmente sustituibles cabe esperar que predominen los recursos propios sobre los ajenos. El coste de agencia externo se dispara en estos casos. En definitiva, lo que importa subrayar es que las estructuras financieras de las empresas han de verse como el resultado de ajustes contractuales muy complejos, que el derecho no debe entorpecer más que en aquellas hipótesis en que haya evidencia clara de que el mercado no funciona.* PAZ-ARES “la infracapitalización...” ob cit p. 257.

³²⁹ PAZ-ARES *La infracapitalización...* ob cit p.254, POSNER ob cit p. 652 sobre todo en referente a actividades peligrosas “*tendría que ser una dependencia gubernamental dotada de algún modo de un conocimiento comprensivo de las potenciales responsabilidades cuasidelictivas en cada área de la economía*”).

³³⁰ POSNER, ob cit p. 31. PAZ-ARES “Principio de eficiencia...” ob cit p.2847 y ss. En este sentido BOLDÓ RODÁ, *Levantamiento...* ob. cit. p.78 y ss.; identifica la posición *ex ante* con el principio de responsabilidad limitada, y *ex post* con levantamiento del velo.

³³¹ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 453.

³³² En opinión de PAZ-ARES es función del derecho de sociedades permitir el intercambio eficiente sin interferir en la voluntad individual salvo en los casos de fallos del mercado (externalidades costes de transacción) en que la formación jurídica de la relación no es libre, por lo que tendrá que intervenir imperativamente para evitar esos abusos frutos de los fallos del mercado. En este sentido el carácter del derecho de sociedades ha de ser esencialmente dispositivo (“La infracapitalización...” ob cit. p. 255). El importante papel que desempeña la sociedad mercantil en el ámbito económico, así como la complejidad misma de la materia, es el que lleva al legislador societario a la

del principio de responsabilidad limitada para atender a criterios de *justicia material*, en determinados casos de abuso de la personalidad o lesión de otros intereses dignos de protección (acreedores o terceros), como el levantamiento del velo³³³, ha sido criticado desde el análisis económico del derecho, como una perspectiva *ex post*, donde se hace un ejercicio de justicia distributiva³³⁴, que contribuye a la inseguridad jurídica y a la subjetividad de las argumentaciones.

No obstante, lo que por ahora nos interesa destacar es que el desplazamiento del riesgo se produce en unos casos bien como fruto de la autonomía de la voluntad insertando el riesgo como elemento del precio de la relación contractual, y en otros casos en cambio -obligaciones extracontractuales, y pequeños acreedores- es susceptible de generar abusos que a través de la personalidad jurídica pretenden eludir la responsabilidad generada, lesionando intereses de los acreedores dignos de protección.

4º El uso de la personalidad jurídica de la sociedad como mecanismo de lesión del derecho de crédito

A. LA CUESTIÓN Y PROBLEMÁTICA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA

La personalidad jurídica de que está investida la sociedad de capital representa dos circunstancias que alteran sustancialmente la relación obligatoria cuando es asumida por aquella la posición de deudor: la estructura orgánica y el hermetismo patrimonial. Ambas características de la personalidad, inherentes a la sustancia misma de la sociedad capitalista, pueden conducir a situaciones donde se hacen susceptibles de lesión determinados derechos e intereses que se ponen de manifiesto con el funcionamiento mismo de la sociedad, entre los que se encuentran el interés de los acreedores sociales. En este sentido se ha venido tradicionalmente hablando por parte de la doctrina de abuso de la personalidad jurídica³³⁵. No obstante, por lo que respecta a la problemática general de la personalidad jurídica, limitarse a los casos de utilización abusiva o fraudulenta de una de las partes, sería abordar el tema desde una perspectiva limitada. La esencia de la personalidad de la sociedad capitalista lleva a que su propio

estructuración de la sociedad a través de un rígido carácter institucional. Como explica PAZ-ARES (“¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades?”. En PAZ-ARES, C (coord.) y otros. *Tratado de la Sociedad Limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997. p.163 y ss), este *paradigma institucional* de la sociedad, se asienta en una idea preconcebida por parte del legislador de lo que debe ser la sociedad, y con ello, de cuales deben ser sus principios rectores, la necesidad de protección de determinados intereses, lo que se traduce en el predominio de normas imperativas (llamado sistema de imperatividad de fondo o imperatividad difusa), relegando a la autonomía de la voluntad un papel casi insignificante: “La idea básica es que la ley prefigura una máquina de organizar que no puede alterarse, pues se teme que una maquinaria tan delicada pueda fallar. La autonomía privada sería algo así como la arena que arruina el engranaje” PAZ-ARES, C. “¿Cómo entendemos...” ob cit p. 164 y ss.

³³³ Respecto al levantamiento del velo desde la perspectiva *ex post* BOLDÓ RODÁ, *Levantamiento...* ob cit p. 78 y ss.

GARNICA MARTÍN, J.F. “El levantamiento del velo de la persona jurídica” en: *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. p. 77-122.

³³⁴ PAZ-ARES, C. “Principio de eficiencia...” ob cit. p. 2847.

³³⁵ DOBSON, Juan M. *El abuso...* ob cit 11 y p. 19, respecto de las posturas de SERICK como impulsor de la adopción en el derecho europeo de la doctrina del velo basada en el abuso de la personalidad. Vid GIRON TENA *El derecho de sociedades...* ob cit p.161; también BOLDÓ RODÁ *Levantamiento...* ob cit p. 72.

funcionamiento, como consecuencia del normal desenvolvimiento en el tráfico a través de los principios rectores y de los difusos límites que lo conforman, puedan desembocar en una perversión de dichas normas concluyendo en soluciones no equitativas o resultados ineficientes dentro del tráfico societario-mercantil.

La utilización de la personalidad por sujetos teóricamente extraños a la relación obligatoria tiende generalmente a que nos encontremos ante lesiones del patrimonio de la persona jurídica, en beneficio de intereses externos -del socio de control-, en perjuicio de otros intereses dignos de protección -de aquellos que se nutren o confían en la información y el activo de la compañía para contratar y que forman el pasivo de dicho patrimonio-. Una gran parte de la solución, por lo que a acreedores sociales se refiere, ha venido de la mano del derecho concursal, en casos de crisis o insolvencia que ocasiona el perjuicio de los acreedores, donde las normas concursales tienden no sólo al reparto equitativo de los titulares de los créditos (*par conditio creditorum*)³³⁶, sino además a la protección de dichos créditos, mediante diversos mecanismos, como la responsabilidad de los administradores concursales³³⁷, la clasificación de los créditos, o la rescisión de los actos realizados en fraude de acreedores. No obstante, las soluciones del derecho concursal en ocasiones no resultan ser por sí solas suficientes en lo que a protección de acreedores se refiere, en tanto en cuanto dichas normas se aplican cuando la sociedad es insolvente (lo que en muchos casos es tarde) y no pueden traspasar el hermetismo patrimonial de la sociedad.

La cuestión radica en el uso del principio de responsabilidad limitada, que pese a cumplir una función esencial del ordenamiento societario y del sistema económico, es susceptible de colisionar con la ratio de otras normas, o el espíritu de otros principios generales, como pueda ser aquellos que se orientan al efectivo cumplimiento de las obligaciones. La estructuración orgánica de la sociedad pone de manifiesto el surgimiento de una pluralidad de intereses que se diversifican a medida que crece la sociedad, que son susceptibles de entrar en tensión (intereses de los socios minoritarios frente a mayoritarios o de control, interés del control frente a la propiedad, interés socios frente a sociedad y frente a acreedores o terceros, etc...), así como de entrar en conflicto con el propio interés de la sociedad. En este sentido, el hermetismo patrimonial ha servido como cortafuegos³³⁸ de dichos intereses. La problemática en muchos casos vendrá dada cuando la actuación de los órganos no se dirija a proteger el interés social realmente, sino el interés de otros actores que se benefician de los atributos de la sociedad, o bien porque el concepto de interés social perseguido sea un concepto adulterado en beneficio no de la sociedad -susceptible de alinearse con otros intereses concurrentes-, sino en beneficio de aquellos que controlan a la sociedad. De ahí que, en estos casos en que existe una lesión del patrimonio social, tanto socios, como acreedores, o terceros, tengan reconocida acción social para reintegrar el patrimonio social.

El hermetismo patrimonial y la estructura orgánica de la sociedad son los puntos de partida de la lesión del derecho de crédito, y por tanto de la búsqueda de soluciones equitativas inobservando la vigencia de tales principios. Y es que las soluciones que se

³³⁶ PULGAR EZQUERRA, J. La Declaración... ob cit p. 135 y ss 151 y ss.; TIRADO MARTÍ, Ignacio. "Reflexiones..." ob cit p. 1061.

³³⁷ MARIN DE LA BARCENA "Deberes y responsabilidad..." ob cit p. 103 y ss.

³³⁸ LUTTER en Die Zivilrechtliche Haftung referenciado en GIRGADO *La responsabilidad*... ob cit p. 29, de donde subyace la idea de que la división de la responsabilidad en diversas sociedades es lícita, y consustancial al propio sistema, siempre y cuando ello sea conocido por las partes intervinientes.

han venido dando a la problemática de la responsabilidad de la personalidad jurídica, se han polarizado en dos tipos de soluciones, en base a dos diferentes vías de fundamentación jurídica: por un lado las encaminadas a la aplicación de la responsabilidad orgánica (de los administradores de hecho o de derecho), y en segundo lugar la extensión o comunicación de responsabilidad de la sociedad al socio.

B. LA DOCTRINA DEL LEVANTAMIENTO DEL VELO SOCIETARIO

a) El origen del “Disregard of the legal entity” en el derecho anglosajón.

La solución tradicional a la problemática de la personalidad jurídica -que es casi tan antigua como la propia sociedad anónima moderna-, tiene su origen en el derecho anglosajón, concretamente en el desarrollo del derecho de los tribunales de EEUU, mediante la llamada doctrina del *Disregard of the Legal Entity*³³⁹, según la cual los jueces pueden prescindir de la forma de la persona jurídica (levantando el velo que ello supone) para alcanzar a las personas o bienes que se encuentran detrás de dicha protección. El primer precedente se puede encontrar en el caso *Bank of United States Vs Deveraux* (de 1809) donde el Tribunal acudió en su argumentación a las características de las personas que estaban detrás de la *corporation*, inobservando la condición separada de la persona jurídica³⁴⁰. El posterior desarrollo del *Disregard* en el derecho británico ha sido esencialmente a través de la equidad³⁴¹, el fraude de ley³⁴² o la doctrina de la *agency*³⁴³. El derecho británico parte del principio esencial de personalidad separada estableciendo la extensión de responsabilidad a modo de excepción, bien mediante previsión legislativa, bien mediante desarrollo jurisprudencial³⁴⁴.

³³⁹ Doctrina que en los países anglosajones recibe otras denominaciones como “lifting de veil” o piercing the corporate veil”, etc. BOLDÓ RODA *Levantamiento*....ob. cit.p. 44, nota 28

³⁴⁰ La Corte Suprema de los Estados Unidos presidida por el juez Marshall, en un asunto de competencia jurisdiccional por razón de la ciudadanía, para mantener la jurisdicción que se pretendía eludir, dictó sentencia inobservando el velo de la personalidad “...to consider the character of the individuals who compose it as a subject which the court can inspect, when they use the name of the corporation for the purpose of asserting their corporate rights”.

³⁴¹ Esencialmente en los tribunales de equidad a través de la aplicación de principios accesorios como derecho supletorio al derecho vigente, en la búsqueda de la justicia material o de la equidad en casos de injusticia manifiesta. BOLDÓ RODA *Levantamiento*....ob. cit.p. 85 y ss.; GARNICA MARTÍN, J.F. “El levantamiento del velo... ob cit. p. 77-122.

³⁴² Articulado a través, esencialmente, de tres doctrinas muy similares entre si basadas en la dualidad instrumental y fraudulenta de la personalidad jurídica: *instrumentaline doctrine*, *alter ego doctrine*, *identity doctrine*. BOLDÓ RODA *Levantamiento*....ob. cit.p. 89 y ss.

³⁴³ DAVIES *Grower’s Principles*... ob cit p. 149 y 173; Basado en la responsabilidad por el dominio o control del agente. DOBSON ob. cit. 181 y ss; BOLDÓ RODA, C. *Levantamiento*....ob. cit. p. 98. (respecto del administrador como agente MORSE, Geoffrey. *Company Law*. Sweet & Maxwell, 1995, p. 347.)

³⁴⁴ En el derecho inglés el famoso caso *Solomon vs Solomon* de 1897 en el que en un primer momento el juez en primera instancia y posteriormente el tribunal de apelación dictaminó a favor de la inaplicación de la responsabilidad limitada estableciendo la extensión de responsabilidad de la persona jurídica. Fue a través de la Cámara de los Lores de donde se revocó por unanimidad el fallo, desestimando la extensión de responsabilidad a favor de la consagración del principio de responsabilidad limitada. A raíz de aquí el sistema británico se ha edificado a través de excepciones a la regla general de la personalidad separada: como por ejemplo unipersonalidad no publicitada, en casos de responsabilidad concursal (*wronful trading* y *fraudulent trading*), responsabilidad por actuación de los administradores inhabilitados, la responsabilidad por el uso de nombres prohibidos, en casos de responsabilidad por representación de la sociedad: *midescription of a company*, responsabilidad de los socios por *premature trading*, grupos de sociedades en casos de dominación externa, etc..

La adopción de dicha doctrina en los derechos europeos se deben en gran parte a la aportación doctrinal de SERICK, en cuyos trabajos trata de resolver el problema de los límites tratando de fijar los perfiles de la doctrina a través de una concepción basada en el abuso del derecho. Mientras la doctrina elaborada por los tribunales norteamericanos partía de una concepción de la persona jurídica basada en la Teoría de la ficción (SAVIGNY), otros autores como SERICK se basan en la teoría de la realidad (GIERKE). En ello, no se basa en la ficción de la forma y por tanto en su negación, sino más bien partiendo del abuso de esa forma, en la posibilidad de desestimarla en casos en que no existe la personalidad realmente³⁴⁵. En este sentido divide los casos en tres grandes grupos de abuso de la persona jurídica: fraude de ley, fraude de contrato, y fraude extracontractual³⁴⁶, llegando a la conclusión de la relatividad e instrumentalidad de la personalidad jurídica, y justificando el levantamiento del velo reducido sólo a casos excepcionales³⁴⁷.

b) La adopción en el derecho español.

La doctrina del *disregard of the legal entity*³⁴⁸ se importó por nuestra jurisprudencia en la famosa Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de mayo de 1984 que supuso el *leading case* en derecho español de la conocida como *doctrina del levantamiento del velo*. Esta doctrina permite al juez, mediante el expediente del fraude de ley o abuso del derecho³⁴⁹, penetrar a través de la personalidad jurídica de las entidades, para poner al descubierto al que fraudulentamente pretende ocultarse tras los beneficios legales que la personalidad ficticia le proporciona, y cuyo objeto es bien para imputarle lo que se pretendió que se imputara a la persona jurídica en que se pretendía amparar bien hacerle responder con su propio patrimonio, de las responsabilidades que

³⁴⁵ BOLDÓ RODA *Levantamiento...* ob cit. p. 44, y 64 y ss.

³⁴⁶ DOBSON *El abuso...* ob cit. p. 19; BOLDÓ RODÁ *Levantamiento...* ob cit p. 75 ref. FERNANDEZ RODRÍGUEZ comentario a SERICK y otra traducción de PUIG BRUTAU

³⁴⁷ BOLDÓ RODA *Levantamiento...* ob cit. p. 72

³⁴⁸ La doctrina del levantamiento del velo implica alterar las normas del sistema *entity law*. En ese sentido dice BLUMBERG: "As it became apparent that the traditional legal doctrine of entity law and limited liability lent themselves, in unscrupulous hands, to fraudulent practices, court of equity began to formulate a corollary to permit equitable relief from the harsh consequences of the legal rule." BLUMBERG, Phillip. *The multinacional Challenge to Corporation Law*. New York: Oxford U.P., 1993. p. 65- 66.

³⁴⁹ La doctrina del levantamiento del velo ha sido doctrina muy utilizada por nuestros tribunales basándose esencialmente en el abuso del derecho. Como reconoce la STS de 28 de enero de 2005 (RJ 2005\1829) o la STS de 28 de febrero de 2008 (RJ 2008\4034), la doctrina del levantamiento del velo, supone, "un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abuso". La STS 326/2013 de 16 de mayo dice: "La doctrina del levantamiento del velo es, como recuerda la STS de 19 de septiembre de 2007, y reiteran las de 28 de febrero de 2008 y 14 de octubre de 2010, un instrumento jurídico que se pone al servicio de una persona, física o jurídica, para hacer efectiva una legitimación pasiva distinta de la que resulta de la relación, contractual o extracontractual, mantenida con una determinada entidad o sociedad a la que la ley confiere personalidad jurídica propia, convirtiendo a los que serían "terceros" -los socios o la sociedad- en parte responsable a partir de una aplicación, ponderada y restrictiva de la misma, que permita constatar una situación de abuso de la personalidad jurídica societaria perjudicial a los intereses públicos o privados, que causa daño ajeno, burla los derechos de los demás o se utiliza como un medio o instrumento defraudatorio, o con un fin fraudulento y que se produce, entre otros supuestos, cuando se trata de eludir responsabilidades personales, y entre ellas el pago de deudas (STS 29 de junio de 2006, y las que en ella se citan). Como dice la sentencia de 28 de enero de 2005, supone, en definitiva, un procedimiento para descubrir, y reprimirlo en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan, con lo que se busca poner coto al fraude o al abus

con la personalidad interpuesta se pretendía eludir³⁵⁰. En este sentido, dice la referida sentencia *“la más autorizada doctrina entre seguridad jurídica y justicia, valores consagrados en la Constitución, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento del principio de buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el substratum personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto), se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la posibilidad de que los jueces puedan penetrar (levantar el velo jurídico) en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o de los derechos de los demás o contra el interés de los socios, es decir, un mal uso de su personalidad, de un ejercicio antisocial del derecho[...]*”. El Tribunal Supremo, concretamente ha aplicado la doctrina del levantamiento del velo, basándose igualmente en el fraude de ley y abuso del beneficio de la personalidad jurídica, como consecuencia de un uso instrumental³⁵¹, lo que la hace aplicable a una multitud de casos de distinta naturaleza. Esta solución Jurisprudencial no ha dejado de ser revisada por una posición esencialmente crítica de la doctrina³⁵², tanto por su aplicación como por su fundamentación³⁵³. Tradicionalmente la doctrina del levantamiento del velo se ha venido aplicando a cuatro grupos de casos: confusión de patrimonios o esferas, infracapitalización, dominación externa, y fraude de ley o incumplimiento de obligaciones³⁵⁴. En este sentido dice GIRGADO³⁵⁵: *“el papel de la jurisprudencia tampoco ha sido descubridor de nuevos horizontes, sino que, al contrario, ha acudido a soluciones inadecuadas como al levantamiento del velo que por desgracia se ha convertido en un cajón-desastre para el Tribunal Supremo en*

³⁵⁰ “El levantamiento del velo no significa la anulación de la personalidad jurídica, sino su inobservancia, así lo ha declarado la STS de 23 de enero de 1998 (RJ 1998, 547) , *hay que tener en cuenta que el hecho de penetrar en el substratum de una sociedad, a través del levantamiento del velo jurídico, no supone desconocer su personalidad jurídica ni declarar su nulidad*. Mas reciente la STS 479/2013 29 de julio *“la doctrina del levantamiento del velo sirve, precisamente para evitar que aquello se utilice para burlar los derechos de un tercero”*.”

³⁵¹ Sentencias del Tribunal Supremo que han aplicado literalmente la doctrina del *leading case* del 84 son STS 13/07/1987, STS 19/02/1988, STS 04/03/1988, STS16/10/1989, STS 02/01/1990, STS 02/06/1991, STS 15/04/1992, STS 12/02/1993, STS 20/06/1995, STS 31/10/1996, STS 15/01/1997, STS 22/06/1998. Entre las sentencias más recientes que han aplicado esta doctrina está la de 03 de enero de 2013 que se mantiene en las tesis originarias del abuso del derecho , (también STS 3 de noviembre de 2010 o STS de 28 enero 2005, “[...] para descubrir, y reprimir en su caso, el dolo o abuso cometido con apoyo en la autonomía jurídica de una sociedad, sancionando a quienes la manejan”.

³⁵² Principalmente PAZ-ARES “Derecho de sociedades...” ob cit p. 599 y ss; EIZAGUIRRE, JM *Derecho de sociedades...* ob cit p.87 y ss, GIRON TENA, *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 62 y ss.

³⁵³ Indica EMBID IRUJO que el levantamiento del velo supone una infracción de principios jurídicos societarios, en nombre de la justicia material por la intensidad del desvalor que supone la conducta abusiva, lo que justificaría la desestimación de los criterios societarios de la responsabilidad limitada, y ello supone necesaria prescindir de la seguridad jurídica en aras de la justicia material en un *“desarrollo extralegal del derecho”* EMBID IRUJO “Justicia y seguridad jurídica: a propósito del <<levantamiento del velo>>de la persona jurídica societaria”. En *Derecho de los Negocios*. La Ley, año 9, número96, septiembre 1998, p 5. Por su parte, PAZ-ARES, desde una posición doctrinal contraria, entiende que el auténtico problema de esta doctrina es que no se trata de una cuestión de limitación de la responsabilidad de la sociedad, sino de un problema de encontrar el autentico centro de imputación de responsabilidad, sin que sea necesario levantar ningún velo, sino más bien imputar la responsabilidad al auténtico responsable generalmente en base a la responsabilidad orgánica del órgano de administrador (*“aplicación de fundamentos autónomos de responsabilidad”* y/o *“aplicación finalista de las normas externas”* PAZ-ARES “Derecho de sociedades...” en URÍA /MENENDEZ ob cit p. 592 y 599 y ss). Según EIZAGUIRRE la doctrina del “desvelo” es una doctrina revestida de falso progresismo –que se suma a impulsar la crisis de la personalidad jurídica-, y que peca de ser intuitiva carente de método. En tal sentido no se puede sacrificar la seguridad jurídica en aras de la justicia, sino que hay que solventar la cuestión *“realizando la justicia sin sacrificar la seguridad jurídica”*. EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...*ob cit p. 89.

³⁵⁴ BOLDÓ RODA. *Levantamiento...* ob. cit. p. 272 y ss.

³⁵⁵ GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Granada: Comares, 2001.p 287.

situaciones con un significado diverso". El principal problema de esta doctrina jurisprudencial es la ausencia de criterios uniformes que justifiquen la extensión de responsabilidad (o de la imputación), quizá por la heterogeneidad de las situaciones que en la práctica se dan en materia societaria. La Jurisprudencia ha utilizado casuísticamente el fraude de ley como argumento en el que ha encontrado cómoda solución por la infinidad de posibilidades que proporciona. La mayoría doctrina³⁵⁶ se ha mostrado crítica con la inseguridad jurídica que el abuso de la casuística ocasiona, por el mismo tratamiento que con esta doctrina reciben situaciones jurídicas de muy distinta naturaleza. Quizá el principal problema es la ausencia de un criterio científico que determine las reglas objetivas en que la personalidad debe ceder el interés del lesionado, es decir, no existe con esta doctrina un criterio que conceda una respuesta sólida a la pregunta ¿Cuándo está justificado levantar el velo? La doctrina del abuso o del fraude no terminan de convencer a la doctrina, en primer lugar por la vaguedad que supone su fundamentación en el haz de principios sobre los que se inspira³⁵⁷ –abuso del derecho, equidad, buena fe, fraude de ley, etc...-, en segundo lugar, porque no siempre existe ánimo abusivo o fraudulento, y en tercer lugar no existe un criterio definitivo que nos marque el cuándo se debe levantar el velo, desconsiderando normas legales de naturaleza societaria, haciendo quebrar así el principio esencial de responsabilidad limitada de las sociedades capitalistas. Y es que la heterogeneidad de circunstancias cualitativas y cuantitativas de sociedades y de intereses en conflictos, y de principios en tensión, en una infinidad de casos posibles en la práctica, hacen imposible el establecimiento de un punto de inflexión en el que podamos justificar cuándo levantar el velo³⁵⁸.

5°. Los límites del hermetismo patrimonial de las sociedades de capital.

El levantamiento del velo societario como mecanismo de solución de los abusos en aquellos casos de utilización de la personalidad jurídica de las sociedades para eludir las responsabilidades generadas, supone levantar el velo de la personalidad ficticia para extender la responsabilidad más allá de la sociedad a quienes se encuentran detrás de ella. Dicha interpretación supone por tanto un límite a las normas societarias de la limitación de la responsabilidad³⁵⁹, y por tanto, una quiebra al hermetismo patrimonial de la sociedad. Frente a esta doctrina de desestimación de la personalidad jurídica se encuentra la teoría de la interpretación finalista de las normas³⁶⁰ desarrollada en el seno

³⁵⁶ Doctrina jurisprudencial "*piercing the veil Jurisprudente*" muy criticada por la doctrina, por torpe e insatisfactoria. , *The multinacional...* ob cit p.89. Sobre el conflicto que dicha doctrina supone entre justicia y seguridad jurídica EMBID IRUJO "Justicia y seguridad..." ob cit p. 3 y ss.

³⁵⁷ EIZAGUIRRE, JM *Derecho de sociedades...* ob cit p.90 y ss, GIRON TENA, *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 166 y ss, DE ARriba FERNANDEZ *Derecho...* ob cit p. 451, se refiere a lo inoportuno de que la fundamentación jurisprudencial se base en una pluralidad de principios generales, habiendo sido preferible recurrir a sólo una de esas figuras.

³⁵⁸ EMBID IRUJO indica como la mera situación de confusión infracapitalización o dominación externa, no justifica por sí sola la aplicación del levantamiento del velo, ya que esta es una "especie de última ratio" que se aplica tras una cuidadosa valoración de todas las circunstancias, (EMBID IRUJO "Justicia y seguridad..."ob cit p. 6).

³⁵⁹ EMBID IRUJO "Justicia y seguridad..."ob cit p. 5.

³⁶⁰ PAZ-ARES en URÍA Y MENÉNDEZ ob. cit p. 592, EIZAGUIRRE, JM *Derecho de sociedades...* ob cit p.87 y ss, GIRON TENA, *Derecho de Sociedades...* ob cit p. 62 y ss

de la jurisprudencia alemana (*Normandwendungstheorie*)³⁶¹, donde para la solución de los supuestos de abusos de la personalidad no se recurre a la desestimación de la personalidad, ya que no existe un velo que levantar, sino más bien la integración de la norma en función del fundamento de la misma, aplicando la ratio del precepto que con la excusa de la personalidad jurídica se había pretendido eludir³⁶². En este sentido, siguiendo a la exposición de PAZ-ARES³⁶³, el estudio de la problemática de la persona jurídica debe dividirse en dos grandes cuestiones: la extensión de la imputación (*Zurechnungsdurgriff*) y la extensión de la responsabilidad (*Haftungsdurchgriff*).

Respecto a la extensión de la imputación³⁶⁴, se refiere con ello a aquellos casos en que se utiliza a la persona jurídica y a la dualidad que proporciona, para imputarse – generalmente el socio- o imputar a la sociedad, las características de uno u otro, en función de los beneficios o perjuicios que ello implica, en cada caso³⁶⁵. Así se hace referencia a imputación de características o propiedades de los socios a la sociedad, imputación de conocimientos, imputación a la sociedad de las obligaciones de los socios, la imputación de la ajeneidad, la manipulación contractual de los elementos esenciales.

Respecto de la extensión de responsabilidad, se centra en la cuestión de cuando se ha de extender la responsabilidad que recae en la sociedad a los socios. En este sentido podemos dividir la extensión de la responsabilidad en tres grupos de casos: identidad de patrimonios o esferas, control o dominación externa, e infracapitalización³⁶⁶.

A. CASOS DE EXTENSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD

a) Confusión de patrimonios o esferas

Se hace referencia a aquellos casos en que existe una identidad entre los patrimonios o esferas jurídicas de la sociedad y del socio (único, principal o mayoritario)³⁶⁷. En el caso de confusión de patrimonios, se está aludiendo a aquellos casos de responsabilidad del socio que confunde su patrimonio con el de la persona

³⁶¹ Teoría que tiene su origen en la jurisprudencia alemana, que diferencia en dos grupos de cuestiones: extensión de la imputación (*Zurechnungsdurgriff*) y extensión de la responsabilidad (*Haftungsdurchgriff*) La doctrina jurisprudencial alemana resumida en ECKHOLD citado en OTXOA-ERRARTE *La responsabilidad...* ob cit p. 245.

³⁶² Sobre la exposición de dicha doctrina en el derecho alemán vid OTXOA-ERRARTE *La responsabilidad...* ob cit p. 245 y ss

³⁶³ PAZ-ARES en URÍA Y MENÉNDEZ ob. cit. p. 592 basado en la doctrina alemana vid. OTXOA-ERRARTE *La responsabilidad...* ob cit p. 245 y ss.

³⁶⁴ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 93 y ss.

³⁶⁵ DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit. p. 473 y ss esquematiza (siguiendo a PAZ-ARES En URÍA y MENÉNDEZ ob cit p 593 y ss) en varios tipos de extensión de la imputación: imputación de características, imputación de conocimientos, imputación de obligaciones asumidas por el socio, problema de la ajeneidad, y delimitación del objeto del contrato.

³⁶⁶ En la doctrina alemana vid. OTXOA-ERRARTE *La responsabilidad...* ob cit p. 245 y ss. ; también vid. PAZ-ARES En URÍA y MENÉNDEZ ob cit p. 598 y ss.

³⁶⁷ PAZ-ARES. En URÍA y MENÉNDEZ ob cit. p. 599-600; DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit. p. 498 y ss.

jurídica creada, en aquellos casos en que es imposible hacer una reconstrucción formal de los activos de la sociedad y del socio, con lo que se ha entendido que se utiliza a la persona jurídica como escudo protector en situaciones donde realmente no existe una separación real. En el caso de confusión de esferas se refiere a aquellos casos en que no se identifica correctamente la esfera que realmente entra en contacto en una determinada relación jurídica, de tal manera que se produce un error en la apreciación de la cualidad de la persona con la que realmente se está contratando.

En ambos casos estamos ante una cuestión de suministración incorrecta u omisión de información, en el primer caso porque la información económica, patrimonial o contable suministrada, no es correcta por cuanto no se corresponde a la representación de la realidad en el reflejo fiel del patrimonio empresarial. En el segundo, caso por cuanto dicha confusión puede llevar a error en la formación de la voluntad contractual de la otra parte contratante. En este sentido no se trata de la existencia de un velo que levantar sino más bien de la correcta identificación de las normas a aplicar, que nada tiene que ver con la personalidad jurídica³⁶⁸. En un caso la responsabilidad revestirá la forma orgánica de responsabilidad del administrador por eludir sus obligaciones de ordenada contabilidad y correcto suministro de información, en el otro, como consecuencia de reglas de interpretación de las declaraciones de voluntad, por una incorrecta formación de la voluntad en la fase de formación del contrato. Ello redirige la cuestión, más que a un problema de personalidad, a un problema de deberes informativos precontractuales.

b) Dirección externa o dominación

Con la dirección externa como situación de abuso de la persona jurídica, se hace referencia a aquellos casos en que se produce una lesión al interés o patrimonio de una sociedad dependiente –vaciamiento patrimonial- en beneficio de otra dominadora o matriz, y generalmente en perjuicio de socios externos de la filial, para eludir obligaciones respecto a acreedores o terceros³⁶⁹. Generalmente se ha acudido a la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad de la filial para alcanzar así al patrimonio de la sociedad dominadora. No obstante, una vez más no es cuestión de la personalidad jurídica, sino más bien de la responsabilidad que se genera por la impartición de instrucciones perjudiciales por parte de aquellos que llevan la dirección efectiva del grupo societario, ya sea de los administradores de la matriz (como administradores de hecho), ya sea de los administradores de la sociedad filial como administradores de derecho (art. 236.1º LSC).

c) Infracapitalización

³⁶⁸ PAZ-ARES en URÍA y MENEDEZ ob cit p. 600.

³⁶⁹ GIRGADO PERANDONES *La responsabilidad...* ob cit. p. 147 y ss; BOLDÓ RODÁ *Levantamiento...* ob cit p. 328; PAZ-ARES en URÍA y MENEDEZ ob cit. p.601; DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit. p. 503-504.

Tradicionalmente se ha venido haciendo distinción entre infracapitalización nominal e infracapitalización material³⁷⁰. Respecto a la primera, se trata de aquellos casos en que existe un capital insuficiente para la realización de la actividad social, de tal manera que la financiación que necesita la sociedad se genera mediante aportaciones de los socios, que lo hacen -en vez de aportación de capital- mediante la generación de deuda de ellos mismos frente a la sociedad, de tal manera que dicho crédito generaría una preferencia teórica del cobro de la deuda contra la masa pasiva frente al capital de los socios. Dicha preferencia -de la deuda frente al capital- es hoy día, más teórica que real, pues la cuestión de la infracapitalización nominal es en gran medida resuelta mediante las actuales normas concursales, a través de la catalogación de los créditos vinculados como subordinados, cediendo frente al resto de créditos preferentes para evitar el fraude de acreedores en la fase concursal³⁷¹.

La responsabilidad por infracapitalización material se refiere generalmente a la extensión de responsabilidad de la sociedad a los socios como expresión de la vulneración del deber general de mantener una capitalización adecuada³⁷², donde cuya inobservancia conduce a la lesión del interés de aquellos que entran en relación con la sociedad, que ven insatisfechos sus créditos a causa de la insuficiencia patrimonial, que supone mantener una estructura de capital manifiestamente insuficiente, para soportar la actividad o inversión efectivamente realizada³⁷³.

En estos casos la solución tradicional ha sido extender la responsabilidad de la sociedad infracapitalizada al socio, bien a través de la desconsideración de la personalidad jurídica del levantamiento del velo³⁷⁴, bien a través de la interpretación finalista de la norma, en este último caso sobre la base de la existencia de un deber implícito de capitalización adecuada³⁷⁵. El problema de dicha postura es una cuestión de fijación de los parámetros, dado que por un lado, no existen criterios económicos científicamente contrastables, que indiquen cuál es el índice de capitalización adecuado, o cuál debe ser el índice de solvencia mínimo que ha de requerir a la estructura económica de una sociedad. Por otro lado ello supone una quiebra del concepto de socio como inversor, que aporta el capital esencial dentro sistema de financiación empresarial.

³⁷⁰ OTXOA-ERRARTE *La responsabilidad...* ob cit p. 139 y ss; BOLDÓ RODA *Levantamiento...* ob cit p. 361; PAZ-ARES en URÍA y MENEDEZ ob cit. p.598-599; DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit. p.496 y ss.

³⁷¹ OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad...* ob cit p. 139

³⁷² ULMER, Peter. *Principios Fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: Civital, 1998. p. 93-94, entiende que los socios que no han capitalizado adecuadamente la sociedad, no pueden alegar, frente a la reclamación de los acreedores, la exclusión de responsabilidad personal.

³⁷³ Sobre el concepto de infracapitalización material vid en OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p.139 y ss. El concepto de infracapitalización material no es unánime en la doctrina, aunque generalmente, se viene definiendo como una desproporción del capital respecto de otras variables más o menos determinables. Así, mientras la jurisprudencia alemana (Sentencia del BGB de 14 de diciembre de 1959 *Luft-Taxi Urteil*) viene entendiendo la infracapitalización como la desproporción entre el capital propio y el objeto social o el tipo de negocio, otros autores (WINKLER, WINTER y KAMM, referenciados en OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p.142.) se refieren a la desproporción entre capital propio y capital ajeno.

³⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de enero de 2013 (STS 796/2012), Sentencia 718/2011, de 13 de octubre, Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre, Sentencia 1253/2007 de 30 de noviembre, 1245/2007 de 29 de noviembre.

³⁷⁵ DE ARRIBA FERNANDEZ *Derecho...* ob cit p. 497; OTXOA ERRARTE GOIKOECHEA, ob cit p. 249. En tal sentido PAZ-ARES que en un primer momento defendió la existencia de dicho principio de capitalización adecuada, defiende hoy día la libertad de los socios para fijar la estructura de capital, siendo incumbencia de los acreedores cuidar de las garantías (*caveat creditor*).

Además de ello, dicha concepción puede presuponer un prejuicio generador de soluciones ineficientes en el tráfico, pues dicha extensión de responsabilidad se produce teóricamente sobre la base de un desplazamiento del riesgo. Y es en este sentido, en el que parece dudoso que pueda hablarse realmente de desplazamiento efectivo del riesgo cuando se dan las condiciones idóneas de negociación entre la sociedad y sus acreedores, esto es una información veraz de las circunstancias económicas del negocio. En estos supuestos en los que existe un intercambio de información veraz, lo que realmente se produce es una integración del riesgo en el precio del contrato, por lo que indemnizar a los acreedores por infracapitalización supondría que estos reciben el precio de algo que ya se han beneficiado como prima de riesgo. Por ello, la cuestión se reduce una vez más, a una cuestión de información veraz y transparencia. Según esta perspectiva, la responsabilidad por infracapitalización debería reducirse a aquellos casos en que los elementos contractuales en la fase negociación no se constituyen de modo válido (es decir, frente a *acreedores ignorantes*), por no estar ante una formación contractual basada en una información veraz, bien por la falta de entidad de los acreedores (pequeños acreedores), bien por tratarse de los acreedores extracontractuales. No obstante, en el caso de los primeros, incluso, alguna objeción cabría hacer, pues dicha ignorancia informativa residiría más en una opción, dado el coste marginal que supone para ellos la obtención de una información suficiente para monitorear el riesgo, por lo que más que ignorar, es pechar con los riesgos, dado que les es más conveniente contratar en condiciones de incertidumbre³⁷⁶. También se ha barajado la existencia de un deber informativo de dicha infracapitalización de la sociedad frente a los pequeños acreedores, puesto que es menos costoso para la sociedad informar de dicha situación que para estos pequeños acreedores investigar en todos los casos³⁷⁷, aunque el problema sigue siendo en tales casos un problema de límites, es decir, cuáles son esos pequeños acreedores, y a partir de que niveles se considera infracapitalización.

Cuestión distinta es el caso de los acreedores extracontractuales que no eligen la relación jurídica, sino que su crédito (extracontractual) es fruto del azar y no de una elección consciente de la asunción de un riesgo. La cuestión es frecuente en los casos de empresas que desempeñan actividades peligrosas con altos riesgos de generar eventuales daños, y que por ello suelen mantener una estructura descapitalizada para eludir precisamente dicha responsabilidad. En estos supuestos nos encontramos con un fallo del mercado³⁷⁸ que podría venir a justificar una intervención legislativa, que debiera ir destinada a fijar un capital mínimo en atención a la actividad específica, o al establecimiento de una garantía legal (seguro de responsabilidad civil obligatorio, fondos de cobertura, etc...) ³⁷⁹. Con independencia del mecanismo que deba solventar estos casos difíciles, en los supuestos de responsabilidad extracontractual, cuando concorra la infracapitalización de la sociedad, insistimos igualmente en la idea de que no debiera entenderse la existencia de una extensión de responsabilidad de la sociedad al socio, dado que éste, de forma individual carece de naturaleza orgánica y de

³⁷⁶ El caso de pequeños acreedores contractuales dice PAZ-ARES ("La infracapitalización..." ob cit p.262): "*Si los acreedores ignorantes no se informan más es porque el coste marginal de la información supera al rendimiento esperado y, en consecuencia, les conviene contratar esas condiciones de incertidumbre y pechar con los riesgos*".

³⁷⁷ PAZ-ARES C. "La infracapitalización..." ob cit p. 262.

³⁷⁸ PAZ-ARES "La infracapitalización..." ob cit p.261.

³⁷⁹ Indica POSNER que alternativas al levantamiento del velo pueden ser el aseguramiento de la actividad o la intervención legislativa. La opción del aseguramiento puede determinar diversos problemas a la hora de hacer efectiva la responsabilidad (falta de cobertura del siniestro contratado, solvencia de la aseguradora, etc.), por lo que en estos casos una alternativa al levantamiento del velo consiste en "*requerir a cualquier corporación que realice una actividad peligrosa que otorgue una fianza igual a la estimación razonable más elevada de la probable cuantía de su responsabilidad cuasidelictiva.*" POSNER ob cit p. 652

capacidad ejecutiva, por lo que no podría resultar individualmente responsable ex art. 1902 CC³⁸⁰, todo ello, con independencia de la posible responsabilidad en que los administradores pudieran incurrir por una falta de diligencia en el desempeño del cargo, quienes tienen entre sus deberes esenciales el de cumplir con la Ley, como manifestación del deber de lealtad del artículo 226 LSC³⁸¹.

Esta cuestión, que en los casos de las grandes sociedades parece clara, no lo es tanto en los casos de las pequeñas sociedades donde con frecuencia existe cierta capacidad gestora del socio que lleva a implicaciones que van más allá de la mera actitud pasiva típica del inversor. Quizá las dificultades interpretativas se vean mitigadas con la tarea de perfilar los conceptos de socio y administrador de hecho. Mientras en la sociedad abierta es clara la diferencia, no lo es tanto en la sociedad cerrada por cuanto ambas figuras suelen recaer en un mismo sujeto. Esta diferente realidad fáctica no tiene un reflejo en el ordenamiento jurídico, puesto que Ley societaria que se aplica es la misma para grandes y pequeñas sociedades³⁸². Por ello es que entiendo que una extensión automática de responsabilidad por infracapitalización al socio de la pequeña sociedad sería atribuirle a éste una génesis distinta que la del socio-inversor de la gran compañía, diferenciación que no contempla el ordenamiento jurídico. Por ello, es por lo que igualmente entiendo que la extensión de responsabilidad al socio por la infracapitalización de la sociedad se ha de hacer, o bien a través de una objetivación de la responsabilidad del socio (que requiere una intervención legislativa³⁸³), o bien por una conducta culposa, y en tal sentido entendemos que el título de imputación de responsabilidad sólo puede dirigirse a aquel socio que pudiendo actuar no lo hizo, -cuestión difícil en los casos de los socios minoritarios- por lo que estaríamos hablando de socios con una cuota de participación importante que le permitiera una mínima conducta gestora, y precisamente por ello es por lo que aquí se interpreta que el título de imputación no viene por la condición de socio sino por su actuación o capacidad gestora (ya sea acción u omisión), ya que el socio individual, ni es órgano ni tiene funciones gestoras que justifiquen su responsabilidad por culpa³⁸⁴. Entiendo por tanto que estamos una vez más ante una responsabilidad por culpa imputable a quien ostenta una capacidad gestora, que pudiendo evitar la

³⁸⁰ La responsabilidad extracontractual es una responsabilidad basada en la culpa (art. 1902 CC) vid. PANTALEON, "Art. 1902..." ob cit p.; por lo que extender la responsabilidad a un socio que no efectúa en su condición de tal tarea ejecutiva alguna, supondría la objetivación de la responsabilidad extracontractual contraviniendo lo preceptuado en el art. 1902 CC.

³⁸¹ Como indica RIBAS el administrador debe compatibilizar el interés de la sociedad con el cumplimiento de las obligaciones legales, sin que el interés de la sociedad pueda justificar el incumplimiento de las normas legales. RIBAS FERRER, V. "Artículo 226. Deber de lealtad" en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1626.

³⁸² VIERA GONZALEZ, *Las sociedades de capital...* ob cit p. 183, indica que la clasificación de sociedades abiertas y cerradas no coincide con los modelos tipológicos (puesto que ni coincide la sociedad anónima con el concepto de sociedad abierta, ni el de sociedad limitada con el de cerrada), por un lado dada la polifuncionalidad de los tipos sociales y por otro lado por la coincidencia de los dos tipos en amplios segmentos de la realidad empresarial.

³⁸³ Que no irá en atención a la magnitud sino al riesgo de la actividad (POSNER, *Análisis...* ob cit p. 652).

³⁸⁴ Bien es cierto que el artículo 160 LSC atribuye a la Junta General la competencia para aumentar el capital (d) y la disolución de la sociedad (g), pero por un lado, ello no justifica la existencia de una responsabilidad orgánica de la junta -que carece de personalidad jurídica- y que no se reconoce en la LSC, y por otro lado, dicha competencia orgánica lo es en todas las sociedades (grandes y pequeñas, abiertas y cerradas, anónimas y limitadas, etc.), por lo que la imputación de responsabilidad por culpa al socio, en función del sentido de su voto, llevaría a un giro radical del sistema financiero por cuanto supondría una modificación de la génesis del socio-inversor, al que a partir de ahora su responsabilidad no quedaría limitada a la aportación de capital realizada, quedando sujeto a la responsabilidad de los efectos que ocasionaría el ejercicio de sus derechos políticos. Entiendo por tanto que se trata de una solución descabellada para la sociedad cotizada, y siendo el art. 160 LSC aplicable a sociedades abiertas y cerradas, ¿en base a qué habría de justificarse un distinto régimen de responsabilidad para socio de la sociedad cerrada como miembro de la junta general?

infracapitalización no lo hace, por lo que vendría a responder como administrador de hecho, por la omisión que supone el cumplimiento de su deber de cumplir la Ley³⁸⁵.

B. RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES: INEXISTENCIA DE LÍMITES AL HERMETISMO PATRIMONIAL

De la configuración de dichos mecanismos se podría entender -a diferencia de la doctrina del velo- que la solución a la problemática que genera la personalidad jurídica societaria en la elusión de responsabilidad patrimonial, no significa necesariamente una quiebra del hermetismo patrimonial. Dicha quiebra se da en tanto en cuanto exista una extensión de responsabilidad de la sociedad al socio, que neutralice el principio de responsabilidad limitada. No obstante, el planteamiento de una responsabilidad en el ámbito societario, debiera encontrar un más adecuado centro de imputación que no hiciera quebrar principios esenciales de la naturaleza societaria, centrandose no tanto en el socio, sino más bien en el surgimiento de una responsabilidad *ex novo* por la actuación de quien actúa dirige o controla la sociedad que efectúa el acto lesivo, es decir, el socio de control o el administrador (de hecho o de derecho), que es de donde realmente emanan las directrices que ocasiona el resultado lesivo. Ello supone un desplazamiento de las tesis del fraude de ley y del abuso del derecho por la preferencia de la vía de la responsabilidad de los administradores. De los casos expuestos podemos hacer algunas puntualizaciones.

a) Responsabilidad del administrador ex novo

En primer lugar, -y como consecuencia de la obligación general de diligente desempeño del cargo-, no estamos realmente ante una auténtica extensión de responsabilidad de la sociedad al socio, sino más bien ante una responsabilidad culpable del socio de control o del administrador oculto o de hecho, por su condición de órgano ejecutivo³⁸⁶.

³⁸⁵ Como indica RIBAS, el deber de lealtad y fidelidad del administrador implica sobre todo el cumplimiento de la Ley (RIBAS "Artículo 226..." ob cit p. 1626). En este caso estaríamos ante un deber implícito de capitalización adecuada, justificado por el desarrollo de una actividad de riesgo susceptible de generar daños. Las tesis sobre la interpretación finalista de la norma (*Normandwendungstheorie*) se basan en la existencia de dicho deber como manifestación del espíritu del ordenamiento (OTXOA ERRARTE, La Responsabilidad... ob cit p. 251).

³⁸⁶ EMBID IRUJO ha destacado la necesidad de reconocer la existencia de unos deberes fiduciarios de los socios con participación significativa (EMBID IRUJO, JM. "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades". En. *Revista de Derecho Mercantil*. Julio-Septiembre 2003, N° 249, p. 609). En el mismo sentido pero con distinta nomenclatura, "*Informe Olivencia*" (para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades: el gobierno de las sociedades cotizadas de 26 de febrero de 1998) acoge dicha necesidad, refiriéndose a los socios de control, en el seno del buen gobierno, orientado a la inclusión de dichos socios como *consejeros dominicales*, esto es, incluyendo a dichos accionistas significativos dentro del régimen de responsabilidad de los administradores., es decir, pasar de la situación de hecho a la de derecho. Respecto del concepto de consejero dominical en relación al informe Olivencia Vid. MATEU DE ROS, Rafael, "Los consejeros dominicales y el gobierno de la empresa" en *Universia Business Review. Actualidad económica*, cuarto trimestre, 2007, p. 20, respecto a la concepción del consejero dominical, que debe funcionar como la representación de la propiedad en el consejo de administración. El informe posterior, llamado "*Informe Aldama*" (sobre el fomento de la transparencia y seguridad en

La extensión de responsabilidad de la persona jurídica al socio no trae causa por su condición de tal, sino por su condición de ostentar un poder de control, dominación, gestión o ejecución en el seno de las decisiones societarias, tales como las lesiones de la matriz al patrimonio de la filial, la decisión de mantener situaciones de infracapitalización, de no llevar una contabilidad ordenada que represente la imagen fiel del patrimonio empresarial, no hacer pública estas cuentas, o de no poner en conocimiento tales hechos susceptibles de generar responsabilidad en los socios. La responsabilidad por tales hechos no surge, por tanto, por la condición de socio, pues estaríamos exigiendo al socio una responsabilidad sin culpa³⁸⁷ -socios externos o minoritarios, que ostentan el mismo estatus jurídico que un socio de control³⁸⁸-. Estamos más bien ante una responsabilidad ex art. 236.1º LSC como administrador de hecho³⁸⁹.

Dicha responsabilidad tampoco es una extensión de responsabilidad de la sociedad al administrador ya que en función del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC), el órgano no es parte de la relación, y por regla general el administrador no va a responder de las obligaciones contractuales de la sociedad, sino que estamos ante una responsabilidad que surge *ex novo*, como consecuencia de la inobservancia de los deberes de diligente administración inherentes al cargo. Y una prueba de ello es que la responsabilidad contractual no requiere necesariamente del requisito de la culpabilidad³⁹⁰, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad orgánica del administrador.

De ahí que consideremos que la solución se debe concentrar más en la estructura orgánica de la sociedad (es decir los deberes del administrador) que en la quiebra del hermetismo patrimonial.

los mercados y en las sociedades cotizadas de 2002) si bien no desarrolla este aspecto si reconoce la importancia del deber de información sobre la estructura de propiedad de la sociedad (2.1.a)

³⁸⁷ Según PANTALEÓN la culpabilidad no es elemento de la responsabilidad contractual, por lo que en tales casos, si extendiéramos la responsabilidad de la sociedad al socio, estaríamos objetivando la responsabilidad del socio, y eliminando el principio de responsabilidad limitada (PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “El sistema de responsabilidad contractual. (materiales para un debate)”. En *Anuario de derecho civil*. vol. 44, Nº 3, Madrid, 1991. p.1056).

³⁸⁸ La argumentación del deber de lealtad del socio no es siempre satisfactoria pues no siempre el sujeto que daña es socio pues se vale de testaferros, o existen citaciones piramidales... En este sentido DE ARriba FERNÁNDEZ, *Derecho...* ob.cit. p.408

³⁸⁹ El Código Olivencia en su punto 8.6 de la extensión de los deberes fiduciarios a los accionistas significativos en las sociedades cotizadas, refiriéndose a accionistas capaces de influir, individual o conjuntamente, sobre el control de la compañía. En tal sentido se está refiriendo a socios de control, conjunta o individualmente. Dice textualmente el informe: “*El reconocimiento de esta realidad nos ha llevado a propiciar la participación de estos accionistas en el Consejo (“consejeros dominicales”), y asimismo ha de llevarnos ahora a aconsejar la adopción de medidas que puedan eliminar o, al menos, reducir el riesgo de que hagan uso de su posición privilegiada para obtener ventajas especiales, sean de índole informativa, contractual o patrimonial. El fundamento de estas medidas descansa sobre el deber de fidelidad, que también alcanza a los accionistas significativos, dada su especial posición en una sociedad cotizada*”. Ello supone el traslado del socio de control, con capacidad de dominación fáctica, de una situación de hecho a una situación de derecho, es decir, pasar a estar integrado en el consejo de administración como consejero dominical (administrador de derecho). Por ello, no es descabellado entender que la responsabilidad en que pudiera incurrir dicho socio influyente o de control -cuando no sea miembro del consejo-, encaje mejor en la responsabilidad por la vía del administrador de hecho, que por una extensión de responsabilidad al socio que implique una quiebra del hermetismo patrimonial, pues un administrador de hecho es, entre otras cosas, un socio de control. (Vid. Recomendación 8.6 del Informe Olivencia. El gobierno de las sociedades cotizadas de 26 de febrero de 1998).

³⁹⁰ PANTALEÓN PRIETO, F. “Sistema...” ob cit p. 1056.

b) Responsabilidad del administrador por la inobservancia de deberes informativos

En segundo lugar, es de destacar la importancia de los deberes de diligencia y lealtad del administrador y la importancia de la información y transparencia en la evitación de los resultados lesivos, mediante una correcta transmisión del riesgo. Es decir, la problemática de la personalidad jurídica en lo que a los acreedores sociales se refiere (al menos en los acreedores contractuales), puede solucionarse en muchos casos, o al menos mitigarse, mediante la exigencia de determinados parámetros de información, en el surgimiento de la relación obligatoria, para la correcta formación de los elementos del contrato, esencialmente en la correcta valoración del riesgo asumido. Así por ejemplo, el administrador de la sociedad infracapitalizada deberá facilitar el conocimiento de dicha situación a los acreedores, o al menos no ocultarlo³⁹¹, ya que el riesgo es un elemento esencial de la relación contractual, y donde, en los casos en que se habla de “abuso” de la personalidad, lo que hay realmente es un vicio en la fase de formación del contrato. Igualmente la matriz de un grupo, el socio mayoritario o administrador de la sociedad que confunde su patrimonio con el de la sociedad, debe llevar una contabilidad ordenada y pública, y una delimitación contable y ordenada del patrimonio de la persona que está contratando para que haya una formación de la relación donde se tenga correctamente en cuenta el riesgo realmente asumido en el precio del contrato. En tales casos de información y transparencia, la valoración del riesgo será correcta y así la formación de todos los elementos contractuales será válida (incluyendo el riesgo en el precio del contrato), con lo que no cabrá hablar de responsabilidad, ni de velo de persona jurídica, pues el riesgo se ha transmitido contractualmente. Ello no implica que el acreedor societario no deba velar por la solvencia futura de sus créditos, pues a cada parte le corresponde velar por sus propios intereses, sino que la sociedad como parte contractual debe actuar de buena fe a través su órgano ejecutivo, cumpliendo con sus obligaciones informativas.

Los casos expuestos no tienen una diferenciación nítida. Podemos decir que su clasificación mantiene una utilidad expositiva pero no podemos considerarla como una exhaustiva clasificación de grupos de casos. Así por ejemplo, aquella matriz que obligue secretamente a su filial a descapitalizarse y operar así a través de los activos del grupo, para minimizar el riesgo de responsabilidad, será encuadrable en cualquiera de los tres grandes grupos de casos de responsabilidad: dirección externa, infracapitalización, o confusión de esferas. De ahí que optemos por una solución única que es la tendente a la responsabilidad orgánica de aquel que fácticamente lleva la dirección de la sociedad, ya sea socio o no, y por tanto, no cabrá hablar de extensión de responsabilidad, sino de responsabilidad por culpa en la gestión social (esto es inobservancia del deber de diligente administración). La extensión de responsabilidad implicaría una extensión de la persona jurídica al socio culpable. Pero la cualidad de socio no tiene carácter orgánico, ni un deber específico o general de diligencia, y por tanto difícilmente puede obrar de forma culpable o negligente en calidad de tal. Por ello, no debe reputarse como una extensión de responsabilidad, sino como el surgimiento de una responsabilidad *ex novo* que debe imputarse a aquel que actúa como administrador y lo hace de forma negligente (a quien no lleva una contabilidad ordenada y separada, a quien no informa

³⁹¹ A este respecto PAZ-ARES aboga por la existencia de un deber informativo de las sociedades infracapitalizadas para con los pequeños acreedores: “la razón es bien clara: es más barato para la sociedad (que tiene plena información acerca de su estructura financiera) notificar a los acreedores acerca de su infracapitalización, que para los acreedores tener que investigar en todos los casos”. PAZ-ARES, C. “La Infracapitalización...” ob cit p. 262.

adecuadamente, a quien no administra de forma leal, etc...). Por todo ello, entiendo que se puede defender que en estos casos de “abuso de la personalidad” no existe una quiebra del hermetismo de la sociedad, puesto que el socio no ha de responder por su condición de socio, sino que ha de ser responsable aquel que actúe como administrador ya sea de hecho o de derecho como controlador de la sociedad.

c) Sociedades de capital abiertas y cerradas

En los últimos años ha venido extendiéndose el uso de una clasificación de las sociedades de capital, distinguiéndose entre sociedades abiertas y cerradas³⁹², en función de su estructura de capital, su estructura financiera, y su estructura de poder de decisión. Dicha clasificación se extrae de la realidad empírica de los modelos sociales, frente a la clasificación jurídica que emana de los modelos tipológicos de la legislación de cada país³⁹³.

En tal sentido, se puede distinguir, la sociedad cerrada como aquella en la que se conjugan elementos de la estructura típica de una sociedad de capital con elementos personalistas que flexibilizan sus elementos para adaptarse a las pequeñas sociedades en las que se dan pequeños números de socios, y una influencia del socio en la gestión³⁹⁴, propio de las pequeñas y medianas empresas³⁹⁵. Las sociedades abiertas se puede dividir en dos subtipos³⁹⁶, por un lado la gran sociedad de capital bursátil (con un numero amplio y disperso de socios, que se desentienden de la marcha de la sociedad sólo atentos a su cartera de valores), y la sociedad abierta *stricto sensu* (diferencia de la anterior por la desregulaciones que implica su no pertenencia a un mercado secundario organizado³⁹⁷).

En las sociedad cerradas, que habitualmente coincidirá con la totalidad de las sociedades limitadas y una gran número de sociedades anónimas, no existe una

³⁹² Vid. Por todos VIERA GONZÁLEZ, Jorge. *Las sociedades de capital cerradas...* ob cit p. 38 y ss, y FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p.151 y ss. Desde el punto de vista de la economía de la empresa vid. ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 411.

³⁹³ VIERA GONZÁLEZ, *Las sociedades de capital...* ob cit p. 183, en el sentido de que dicha clasificación no coincide con los modelos tipológicos (puesto que ni coincide la sociedad anónima con el concepto de sociedad abierta, ni el de sociedad limitada con el de cerrada), por un lado dada la polifuncionalidad de los tipos sociales y por otro lado por la coincidencia de los dos tipos en amplios segmentos de la realidad empresarial. No obstante señala la existencia de un proceso de confluencia entre sociedad anónima y limitada (ob cit p.184) en un proceso legislativo de “*aproximación normativa*”, en parte gracias a la autonomía estatutaria (ob cit p. 249 y ss.). FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p. 151 y ss.

³⁹⁴ VIERA GONZÁLEZ, Jorge. *Las sociedades de capital cerradas...* ob cit p. 50 y 58

³⁹⁵ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p. 152, (Sociedad cerrada de base personalista conjugar la de capital con elementos personalistas sin que suponga la renuncia a su naturaleza de capital. La naturaleza personalista de la sociedad limitada se advierte en las -entre otras normas- restricciones a la transmisión de participaciones (107 LSC), pero además, y específicamente en materia de conflictos de intereses entre el socio y la sociedad, establece el art. 190 LSC: “*En las sociedades de responsabilidad limitada el socio no podrá ejercer el derecho de voto correspondiente a sus participaciones cuando se trate de adoptar un acuerdo que le autorice a transmitir participaciones de las que sea titular, que le excluya de la sociedad, que le libere de una obligación o le conceda un derecho, o por el que la sociedad decida anticiparle fondos, concederle créditos o préstamos, prestar garantías en su favor o facilitarle asistencia financiera, así como cuando, siendo administrador, el acuerdo se refiera a la dispensa de la prohibición de competencia o al establecimiento con la sociedad de una relación de prestación de cualquier tipo de obras o servicios.*”

³⁹⁶ VIERA GONZÁLEZ, Jorge. *Las sociedades de capital cerradas...* ob cit p. 38-39.

³⁹⁷ VIERA GONZÁLEZ, Jorge. *Las sociedades de capital cerradas...* ob cit p. 39.

separación (al menos significativa) entre el control y el capital³⁹⁸, y donde es habitual que los socios trabajen en la empresa, y participen directamente en la gestión y administración de la sociedad, ya sea con o sin nombramiento formal del cargo de administrador. Por lo que aquí interesa, se plantea si dicha clasificación, que se corresponde a una realidad empírica de los tipos sociales, lleva implícito un diferente tratamiento en determinados aspectos, como por ejemplo el de la responsabilidad del administrador o socio, dada esta característica de la implicación del socio en la gestión social. La realidad nos muestra que mientras en las pequeñas y medianas sociedades el poder de decisión a la hora de marcar los objetivos se encuentra en la junta de accionistas, dicho poder se traslada al órgano de administración cuando así lo requiere la magnitud de la empresa, la dispersión del capital, y la cotización bursátil.

El artículo 161 de la Ley de Sociedades de Capital establece para las sociedades de responsabilidad limitadas, que la junta general podrá impartir al órgano de administración determinadas instrucciones sobre asuntos de gestión³⁹⁹, pero ello no altera el poder de representación del administrador ni sus funciones exclusivas de gestión y representación social (artículos 209, y 233-234 LSC), lo que no puede suponer una alteración de las normas sobre responsabilidad orgánica⁴⁰⁰. Por ello, valga aquí reiterar una vez más lo ya expuesto anteriormente respecto de la responsabilidad, en el sentido de que la personificación en la sociedades cerradas no puede implicar una transformación de la sociedad de capital en sociedad personalista, y por tanto, se ha de conservar su principio esencial de hermetismo patrimonial, impidiendo la responsabilidad del socio por las deudas sociales, por lo que no puede existir una responsabilidad del socio en calidad de tal, por haber gestionado la sociedad de una determinada manera. Si ha causado daño en su gestión deberá responder por ello, por haber gestionado o administrado la sociedad de una determinada manera, lo que redirige la cuestión a una responsabilidad del administrador ya sea de hecho o de derecho. Por tanto la conclusión respecto de las sociedades cerradas, donde los socios tienen una gran influencia en la gestión (o incluso gestionan directamente), no es que los socios tengan una mayor responsabilidad, sino que es más frecuente que los socios administren dichas sociedades sin nombramiento formal, y por tanto, que es más frecuente la figura de la administración de hecho.

6º. El hermetismo patrimonial y la pluralidad de personas jurídicas: los grupos de sociedades

A. LA RESPONSABILIDAD EN LOS GRUPOS DE SOCIEDADES

³⁹⁸ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p.425.

³⁹⁹ El sentido de la norma según indica ESTEBAN VELASCO es garantizar a los socios la posibilidad de intervenir en determinados asuntos de gestión de la sociedad, lo que pone de manifiesto la supremacía de la junta para trazar el marco de facultades de los administradores ESTEBAN VELASCO Competencias del órgano de administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 1210.

⁴⁰⁰ ESTEBAN VELASCO, G. “Capítulo IV...” ob cit. p. 1685

En nuestro Ordenamiento la personalidad jurídica convierte a la sociedad en centro de imputación de responsabilidad. Lo que pone de manifiesto el problema de la imputación de responsabilidad en los casos de los llamados grupos de sociedades o empresas de grupo. Tradicionalmente se venía considerando como elementos definidores del grupo los criterios de dependencia⁴⁰¹ y unidad de dirección. Hoy día hay, en cambio, cierto consenso en considerar como único elemento definidor de la categoría de grupo solamente el requisito de la dirección unitaria⁴⁰², ya que el propio concepto de dependencia (como manifestación de dominación societaria) implica la posibilidad –se ejerza o no- de la dirección, lo que implica entre otras cosas, que puede ser dirigida por otra sociedad dominante, y así, todas las sociedades (o empresas filiales) que cedan su dirección a la dominante formaran parte del mismo grupo, independientemente del mayor o menor grado de descentralización que les caracterice.⁴⁰³ Y es que es necesario tener en cuenta que también se dan en la práctica otra categoría de grupos que no supone una relación de dependencia, como son los llamados grupos por coordinación (o también llamados paritarios)⁴⁰⁴, lo que destierra a la relación de dependencia como criterio definitorio del grupo.

Al hablar de *grupo* se hace referencia a una institución fáctica⁴⁰⁵ que carece de personalidad jurídica, lo que impide que se le pueda considerar centro de imputación de

⁴⁰¹ Vid DE ARRIBA FERNANDEZ *Derecho...* ob cit p. 80 respecto de la situación de dependencia como situación previa al grupo.

⁴⁰² Como afirma DE ARRIBA FERNÁNDEZ no estaríamos definiendo al grupo en cuanto categoría general, sino solo a una de sus formas, aunque sea la más típica, (*Derecho...* ob cit p.85). Por ello, hoy día la mayoría de la doctrina entiende que el concepto clave que define al grupo es el de la dirección unitaria (EMMERICH, Völker; SONNENSCHNEIN, Jürgen. *Konzernrecht*. 4ªed. München: Beck, 1992. p. 78.; ANTUNES, José A. E. *Os Grupos de Sociedades*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 54 y 55; KÜBLER, Friedrich; ASSMANN, Heinz-Dieter. *Gesellschaftsrecht*. Heidelberg: CF Müller, 2006, p. 419 y ss) que engloba tanto a los grupos por coordinación, como a los grupos jerárquicos o por subordinación, siendo la dependencia una cualidad definitoria sólo de estos últimos y no de los primeros. En este sentido, como ha establecido EMBID IRUJO *Introducción...* ob cit. p.7. podríamos diferenciar en lo que llama el concepto amplio y el concepto restringido del grupo, correspondiendo el primero a los grupos en los que media -en los términos expuestos- la dirección unitaria, y el segundo solamente a los grupos jerárquicos. En los términos de lo anteriormente expuesto, podemos afirmar siguiendo a la mayoría de la doctrina, que el derecho de grupos en nuestro Ordenamiento, se caracteriza por su *distorsión y fragmentariedad*: su distorsión con la realidad que regula, fruto del “*desfase existente entre la estructura del derecho de sociedades y la realidad organizativa y patrimonial de las sociedades que forman parte de un grupo*” (PAZ ARES En URIA y MENENDEZ... ob cit p.1480) y la “*fragmentariedad de conceptos y de técnicas de delimitación*”, EMBID IRUJO *Introducción...* ob cit p.21.

⁴⁰³ No obstante, la cuestión no es bidireccional en el sentido de que la dirección unitaria no implica necesariamente la existencia de dependencia, ya que no sólo las relaciones societarias de subordinación son susceptibles de formar un grupo (EMBID IRUJO, J.M. *Introducción...* ob cit p. 6 y ss).

⁴⁰⁴ En esta otra categoría grupal no existe ninguna sociedad que se erija en matriz o dominante, sino que se decide consensuar la dirección de dos o más sociedades en un mando único, mediante una relación de colaboración unificando la toma de decisiones, lo que no implica necesariamente la existencia de dominación (DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho...* ob cit p. 101). Ciertamente es que la inmensa mayoría de los grupos que existen hoy día en el tráfico mercantil son grupos de la clase de los primeros, es decir, por subordinación, donde generalmente, las matrices o bien participan en el capital de las filiales, o bien mantienen una relación de dominación contractual, pero también existen aunque sea un fenómeno más extraño en la práctica, esta segunda categoría de grupos menos frecuentes, es decir, la agrupación de sociedades entre las que no tiene porque existir dominación, ni con ello participación, y donde se acuerda una actuación unitaria en los mercados, por ejemplo, como medida de fortalecimiento comercial. EMBID IRUJO *Introducción...* ob cit p. 59.

⁴⁰⁵ EMBID IRUJO, José Miguel “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 206; EMBID IRUJO, J.M. *Introducción...* ob cit. En este sentido se habla de la *fragmentariedad* que existe en nuestro Ordenamiento -respecto del derecho de grupos-, porque no existe un concepto unívoco de grupo, sino varios conceptos mutantes en función de la necesidad y utilidad, de cada área del Ordenamiento, como conceptos sectoriales con una finalidad concreta. En este sentido establece EMBID IRUJO: “*fragmentariedad, falta de sistema (reproche que, tal vez, no pueda hacerse al legislador) ausencia de un criterio claro de política jurídica a la hora de tipificar al grupo en nuestro ordenamiento jurídico*” ob cit p. 23.

responsabilidad, por lo que, como indican varios autores⁴⁰⁶ no se puede hablar de responsabilidad del grupo, sino más bien de responsabilidad en el grupo, y por tanto de distribución de responsabilidad en el seno del mismo⁴⁰⁷.

El estudio de la responsabilidad de las sociedades dominantes parte generalmente de la diferenciación de dos situaciones. Una primera sería la relativa a la extensión de responsabilidad, a la sociedad dominante, como consecuencia de la estructura de grupo, por las deudas o responsabilidades adquiridas por sus sociedades filiales o dependientes; y la segunda, la relativa a la propia responsabilidad de la sociedad dominante -hacia dentro-, como consecuencia de la dirección del grupo, por instrucciones o actos concretos⁴⁰⁸. Por lo que a la protección de los acreedores respecta, como sujetos externos al contrato de sociedad, debemos centrarnos en la situación de responsabilidad hacia fuera, es decir, la cuestión de si existe una comunicación de responsabilidad de la sociedad filial a la matriz relativa al cumplimiento de las obligaciones asumidas por aquella con sus acreedores⁴⁰⁹. No obstante, la segunda perspectiva aludida también será relevante a efectos de los intereses de los acreedores de modo indirecto en tanto en cuanto la lesión del interés social puede ser considerado en perjuicio de acreedores, y directamente por cuanto las instrucciones de dirección del grupo son susceptibles de generar lesión a terceros y por tanto el surgimiento de una responsabilidad contractual, por lo que aquí se hará referencia a ambas perspectivas.

Una cuestión que se ha planteado es la referente a la legitimación pasiva de la responsabilidad, lo que supone la necesidad de distinguir entre la responsabilidad de la sociedad dominante y la responsabilidad del órgano de administración de la misma. En el seno del grupo, la atribución de responsabilidad dependerá de quien sea el centro de imputación como consecuencia de la atribución de la dirección unitaria como centro real de toma de decisiones⁴¹⁰. No obstante, en la sociedad dominante, al igual que en cualquier otra sociedad individual, la responsabilidad orgánica del administrador ex 236 LSC y la responsabilidad general de la sociedad como persona jurídica y sujeto de

⁴⁰⁶; DE ARRIBA FERNANDEZ. *Derecho...* ob cit p. 404-405. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad...* ob cit p. 25-26.

⁴⁰⁷ El grupo como institución no tiene relevancia societaria, carente de legitimidad jurídica. Como establece PAZ-ARES en URÍA y MENENDEZ *Curso...* ob cit. p. 1475: “No hay una noción legal de grupo de sociedades que cumpla una función general y, además, es lógico que no exista puesto que no existe una disciplina societaria general aplicable al grupo de sociedades” Así podemos hablar, como señala DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit p.37, de la “sociedad isla un caso de figura ideal, pero en absoluto real [...] una figura en peligro de extinción”. El derecho de sociedades está construido a través de la institución de la sociedad independiente, y la entrada en juego del grupo fruto de la evolución del sistema quiebra esa independencia y con ello surgen como habíamos visto determinadas lagunas de protección, que reclaman desde esta perspectiva una reformulación de la legislación societaria en esta materia. Este es uno de los argumentos de la doctrina que reclama la necesidad de un derecho de grupos. Necesidad de adaptar las empresas al marco cambiante del mercado sin dejarlo en manos de los operadores la necesidad de dichas modificaciones (GIRGADO PERANDONES, P. *La empresa...* ob. cit. p. 184) Esto unido a la falta de unidad conceptual y de grupo de legitimidad, parecen reclamar

⁴⁰⁸ Siguiendo a GIRGADO en la estructuración del estudio de la responsabilidad en los grupos en GIRGADO PERANDONES *La responsabilidad de la matriz...* ob cit 25

⁴⁰⁹ El planteamiento que se puede realizar de la responsabilidad en el grupo según GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo...* ob cit. p.395; *La responsabilidad de la sociedad...* ob cit P.23; parte de la distinción entre una responsabilidad *ad intra* y una responsabilidad *ad extra*. La primera se refiere a una responsabilidad orientada hacia dentro relativa a la responsabilidad del órgano de dirección respecto del resto de órganos como consecuencia del ejercicio de la dirección. La segunda se refiere a una responsabilidad de la sociedad dominante hacia fuera, como consecuencia de los beneficios que la situación de grupo genera en detrimento de otros intereses, es decir, la responsabilidad frente a accionistas minoritarios, acreedores o terceros.

⁴¹⁰ ARRIBA FERNANDEZ. *Derecho...* ob cit p. 404-405.

derecho privado *ex* 1902CC, no son excluyentes o incompatibles⁴¹¹, pudiendo caber exigencias de responsabilidad a ambas conjuntamente.

Por lo que a esta exposición respecta, al referiremos a la responsabilidad *ad extra* por deudas frente a los acreedores, nos referiremos a la responsabilidad de la sociedad dominante como tal, es decir como persona jurídica y centro de imputación, dada la estructura del grupo. Por otro lado, al tratarse el tema de la responsabilidad por instrucciones perjudiciales, la perspectiva ha de ser necesariamente más amplia, por lo que nos referimos al órgano de administración que ejerce el efectivo poder de dirección, como administrador de hecho o de derecho, ya sea sociedad matriz, ya sea el órgano de administración de la matriz, o ya sea cualquier administrador fáctico, etc.

B. LA RESPONSABILIDAD DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LAS DEUDAS DE SU FILIAL

Uno de los pilares fundamentales del éxito de la estructura del grupo es la división del riesgo en las diferentes sociedades que lo forman, donde el principio de limitación de responsabilidad se erige como pilar fundamental de la sociedad capitalista, que permite al inversor dejar a salvo su patrimonio personal. Este mecanismo favorece la formación de grupos donde las matrices participan en otras sociedades, dividiendo en distintas unidades el riesgo empresarial⁴¹². La estructura empresarial de grupo, que segmenta el riesgo en distintas unidades, además de ser legítima⁴¹³ resulta eficiente en su estructura, ya que la propia naturaleza del grupo no descansa sino en los principios esenciales (división del capital por acciones, limitación de la responsabilidad) de la sociedad de capital como forma de organización económica.

La división de la organización empresarial en varias unidades de imputación de responsabilidad⁴¹⁴, en la búsqueda de una eficiencia estructural que beneficia económicamente al interés del grupo o al de la sociedad dominante⁴¹⁵, es susceptible de

⁴¹¹ MARIN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, Fernando. *La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art.135 LSA)*. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 95; SANTOS MORON, María José *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*. Madrid: Iustel, 2007. p.259-260 respecto de la compatibilidad de la responsabilidad del órgano de dirección y la de la asociación como persona jurídica.

⁴¹² BLUMBERG. *The multinational...* ob cit. p. 58.

⁴¹³ Respecto de la legitimidad del interés grupal vid ANTUNES, ob cit p.611 y ss; EMBID IRUJO *Introducción...* ob cit p. 54 y ss ; GIRGADO PERANDONES *La empresa...* ob cit p. 239; y *La responsabilidad...* ob cit p.199 y 201 y ss; DE ARRIBA FERNANDEZ *Derecho...* ob cit p. 405.

⁴¹⁴ DUQUE DOMINGUEZ, Justino. “Los problemas generales ...” ob cit p. 28 y ss.

⁴¹⁵ No obstante, en ningún caso se debe confundir el interés del grupo con el interés de la dominante. El primero persigue la satisfacción global del grupo y el Ordenamiento le reconoce cierta legitimidad por cuanto implica un sistema de organización basado en la libertad de empresa y en la autonomía de la voluntad, en busca un interés general de todas las sociedades formante de un ente corporativo común (independientemente de que la inclusión de una sociedad individual concreta en la estructura grupal pueda ser o no perjudicial para ésta). En cambio, el segundo se refiere exclusivamente al interés individual de la sociedad que domina al resto de las que componen la organización, lo que implica la ilicitud de la superposición del beneficio de la sociedad dominante en detrimento del de la sociedad dominada. El interés del grupo responde a la idea de empresa como unidad económica y de organización, independiente de su estructura jurídica, fruto de la tradicional concepción de *enterprise law approach* (BLUMBERG. *The multinacional...* ob cit.p 89 y ss y p. 120; GIRGADO *La responsabilidad...* ob cit. p.33 y ss), que tiende a configurar la responsabilidad en el grupo de forma global. Esta concepción carente de reflejo normativo alguno es desde donde parte el reconocimiento de una legitimidad de grupo y con ello el fundamento para cuestionar o replantear la responsabilidad en el mismo. Por ello, la exoneración del administrador de la sociedad dependiente

generar perjuicios (*ad extra*) al interés de los acreedores en relación con el grupo, como consecuencia de una determinada política financiera o económica. La cuestión de fondo es la misma que se planteaba en el estudio de los límites de la persona jurídica, pero desde la perspectiva del derecho de grupos se ha pretendido extraer determinadas conclusiones al respecto de la limitación del riesgo en el ámbito societario-grupal. Lo que se plantea es determinar si es lícito en todo caso la utilización de la persona jurídica como elemento de división del riesgo, o si por el contrario debe existir una responsabilidad por la estructura, es decir, una extensión de la responsabilidad por las deudas de las filiales a las dominantes -y en tal caso cuándo debe existir dicha extensión-, o si más que extensión, debemos hablar de una imputación directa de responsabilidad⁴¹⁶.

a) Planteamiento en el derecho comparado

La interpretación de la responsabilidad en la empresa de grupo en el derecho comparado ha venido definiéndose a través de dos perspectivas antagónicas sistema *entity law approach* y *enterprise approach*⁴¹⁷. La primera, que hace referencia a la estricta aplicación del sistema legal establecido, tiende a considerar la entidad de las diferentes unidades, en este caso la sociedad (*company*), que componen la empresa como centro de imputación y elemento jurídico de construcción del entramado empresarial, a través de la autonomía patrimonial y por tanto de límite de responsabilidad, impidiendo que la responsabilidad se extienda así de un elemento a otro del conjunto. Por el contrario, el sistema *enterprise approach*, tiende a considerar al conjunto empresarial como una unidad compleja como centro de imputación de responsabilidad, es decir el enfoque de la responsabilidad de la empresa –no de la sociedad- lo que conlleva la conexión de responsabilidad entre las distintas unidades que componga la empresa, como un responsabilidad global (*Globalhaftung*)⁴¹⁸.

Dada la complejidad normativa que siempre ha generado la regulación de dichos problemas, las soluciones han venido generalmente por vía jurisprudencial, incluso en el derecho germánico -donde pese ser uno de los pioneros en la regulación del el contrato del grupo, se basa en un sistema dual donde coexisten los grupos de derecho con los grupos fácticos, para los que se prevé un complejo sistema de compensación en caso de perjuicio de las filiales (art 311 AktG)- que ha tenido que acudir también a la jurisprudencia, en la búsqueda de soluciones a un régimen cuya conclusión extraída de la práctica es una artificiosa separación entre grupos fácticos y de derecho⁴¹⁹. En la

pasaría por un replanteamiento de la responsabilidad en el grupo a tendiendo a un sistema corporativo o global de empresa, que no obstante no responde a los esquemas legales en que se estructura el sistema de derecho societario (*entity law approach*) a través de la sociedad individual, y de los principios generales que la sustentan.

⁴¹⁶ Respecto de la extensión de responsabilidad, Klaus J. “Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies” p 81-110. En AAVV. *Group of companies*. London: Sweet & Maxwell, 1991. p. 103 y ss: *Three different types of liability of the parents can be discerned: (a)...parents liable for damages inflicted to the subsidiary provided that there was fault...(b) assumption of the subsidiary’s losses by the parent at the end of the year...(c) direct and joint liability of the parents towards the creditors of the subsidiary*”. PAVONE LA ROSA, A. “La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società”. En *Riv. Soc.*, 1984. p. 407y ss.

⁴¹⁷ GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad...* ob cit p. 32 y ss.

⁴¹⁸ Sobre la inadmisibilidad del principio de responsabilidad global vid. LUTTER en *Die Zivilrechtliche Haftung* referenciado en GIRGADO *La responsabilidad...* ob cit p. 29.

⁴¹⁹ GIRGADO PERANDONES, *La Empresa de Grupo...* ob cit p. 227 y ss

jurisprudencia francesa la conocida Sentencia *Rozenblum* sirve como criterio para evitar las relaciones financieras fraudulentas en el seno de las políticas de grupo, y ha tenido una gran influencia posterior, sobre todo en el seno del grupo del *Forum Europaeum*⁴²⁰. La Sentencia dictada en sede penal, versa sobre la responsabilidad de la sociedad dominante como consecuencia de asumir el poder de dirección de la dominada, y se fundamenta en que para permitir que se emitan instrucciones perjudiciales de la matriz a la filial, ello sólo es permisible si concurren tres criterios para: 1) actos dentro de política del grupo, 2) compensación a medio plazo, 3) exclusión de los riesgos extraordinarios que supongan un peligro para la subsistencia de la filial. Desde el *Forum Europaeum para un derecho de grupo*, se abordó el tema de la responsabilidad a escala europea, como manifestación de la necesidad de eliminación a la restricción de capitales, donde la creación de filiales desempeña un papel protagonista. Se trata de un conjunto de proposiciones no sistemáticas y de difícil traslado normativo pero de importante punto de inicio⁴²¹. En materia de responsabilidad se refiere por un lado a una dirección negocial ordenada, optando por la doctrina Rozenblum; y por otro lado a la actuación responsable de la matriz en las situaciones de insolvencia, adoptando posturas similares a las del *shadow director* del derecho anglosajón.

En el derecho anglosajón tienen origen dos figuras imprescindibles en el posterior desarrollo de nuestros tribunales: la doctrina de *Disregard of the legal entity* (o *lifting of corporate veil*⁴²²) que ha influido en nuestra jurisprudencia a través de la ya mencionada doctrina del levantamiento del velo y las figuras del *shadow directors* y *fact director*⁴²³, que ha influido en nuestra legislación societaria en materia de responsabilidad del administrador de hecho⁴²⁴.

b) La inadmisibilidad de responsabilidad global: legitimidad de grupo

En nuestro Ordenamiento, el principio de responsabilidad limitada de la sociedad es uno de los pilares esenciales del derecho societario, lo que implica necesariamente que podamos afirmar que nos encontramos ante un sistema de *entity law*, donde el respecto a la autonomía patrimonial de la sociedad convierte a ésta en centro de imputación de responsabilidad y no a la empresa o grupo a que pertenezca, como organización económica supra-societaria de carácter fáctico⁴²⁵. En este sentido se puede afirmar que el punto de partida es negar la extensión de responsabilidad de unas sociedades a otras, aunque formen parte de una misma organización empresarial o grupal, bajo una dirección unitaria⁴²⁶. Cuestión distinta será la responsabilidad que pueda tener la dirección por instrucciones perjudiciales bien sean concretas, o bien se refiera a una situación permanente en perjuicio de otros intereses (pero esta cuestión no

⁴²⁰ Forum Europaeum Konzernrecht, para una armonización del derecho europeo den material de Grupos (CORPORATE GROUP LAW FOR EUROPE), publicado en *European Business Organization Law Review* (EBOR) I (2000) 165-264.

⁴²¹ EMBID IRUJO, *Introducción...* ob cit pp. 210-212.

⁴²² DAVIS, P. *Grower's* ...ob cit p. 149 y ss.

⁴²³ PENNINGTON, Robert R. *Directors personal liability*. Birmingham: BSP-Profesional, 1986. p.25 y ss. MAYSON, Stephen W. *Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, p. 449.

⁴²⁴ Artículo 133.2º de la LSA introducido en la Ley de transparencia 26/2003.

⁴²⁵ EMBID IRUJO, J.M. "El gobierno..." ob cit p. 599 y ss. Respecto del grupo como unidad empresarial

⁴²⁶ Sobre la inadmisibilidad del principio de responsabilidad global vid. LUTTER en *Die Zivilrechtliche Haftung* referenciado en GIRGADO *La responsabilidad...* ob cit p. 29.

forma parte de la responsabilidad global por la existencia de una estructura de grupo, sino por los daños ocasionados en la dirección del mismo).

El acreedor al contratar con la filial, como sociedad individual y perfectamente identificada, y en orden al principio de responsabilidad limitada, valora el riesgo de la sociedad filial con quien contrata, que responde o garantiza con su patrimonio, y no con el de sus socios (ya sean personas físicas o jurídicas), y por tanto tampoco con el patrimonio del grupo. Cuestión distinta será que dichos extremos no queden perfectamente delimitados en la fase de formación de los contratos a consecuencia de una deficiencia informativa, y se genere la falsa confianza de que se está contratando con una organización distinta, con una solvencia y garantías distintas, con las que realmente se está contratando. Los casos más frecuentes se dan con pequeños acreedores no informados correctamente, donde la formación de la voluntad de la parte acreedora no se ha manifestado según lo creído, por desconocer la situación fáctica por omisión de información o suministro de información incorrecta imputable a la sociedad o al grupo (por ejemplo se oculte la infracapitalización de la filial o no se especifique el patrimonio sujeto al negocio concreto haciendo creer que se contrata con la matriz del grupo cuando se está contratando con una filial, o en definitiva cualquier caso de confusión de patrimonios o esferas, etc...). Por el contrario -exceptuando estos casos en que existe una situación de desequilibrio entre las partes, y por tanto una información incorrecta en la formación del negocio-, cuando se lleva a cabo la contratación, cada parte debe velar diligentemente por la identidad y solvencia de la parte contraria, y saber con quien está contratando, pues extender la responsabilidad fuera de la entidad contratante, implica que, establecidas legalmente las reglas del juego de la contratación (responsabilidad limitada art. 1 LSC), el acreedor se estaría beneficiando de una cobertura que no ha pagado en el contrato, por una prima de riesgo que realmente no ha soportado, en la fase de negociación del precio del contrato.

Las alternativas en que se ha basado la doctrina para extender la responsabilidad se pueden clasificar esencialmente en tres⁴²⁷ criterios que han servido para justificar la extensión o imputación de la responsabilidad a la dominante: 1) el deber de lealtad del administrador en virtud del actual artículo 226 LSC (antiguo artículo 127 ter LSA)⁴²⁸; 2) el criterio de la confianza depositada por el contratante, que por la apariencia del trato comercial, cree contratar con toda la organización, confiando en la solvencia de todo el grupo, y no sólo con un apéndice de la misma; 3) responsabilidad por la administración de hecho de la filial (a cuya exposición me remito al siguiente epígrafe), que en el ámbito grupal, implica una atribución subjetiva de la condición de administrador fáctico a la sociedad dominante⁴²⁹, o al órgano de administración de la misma.

⁴²⁷ GIRGADO hace referencia expresa a los tres criterios principales en GIRGADO PERANDONES *La empresa de grupo*....ob cit p.284. PAZ-ARES se refiere también a ellos en la crítica a ellos en el estudio de la extensión de la responsabilidad en las sociedades como crítica a la doctrina del levantamiento del velo, PAZ-ARES en URÍA y MENENDEZ ob cit p. 591 y ss.

⁴²⁸ ARRIBA FERNÁNDEZ, ob cit p.413 y ss.

En este sentido en la doctrina alemana EMMERICH y SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht*. ob cit. p.7; LUTTER, Marcus; HOMMELHOFF, Meter. *GMBH-Gesetz. 15Auflage*. Köln: O. Schmidt, 2000. p.16; WIEDEMAN, H. *Gesellschaftsrecht*. Band1. München: C. H. Beck, 1980, p.350 que se prefiere hablar del un deber de lealtad institucional antes que de una responsabilidad orgánica: “Zutreffender ist es, die Verantwortlichkeit des herrschenden Unternehmens als besonders institutionalisierte Loyalitätspflicht des Mehrheitsaktionärs anzusprechen”.

⁴²⁹ GARCIA CRUCES GONZÁLEZ. J.A. “Administradores sociales y administradores de hecho” En *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Anibal Sánchez Andrés*. Navarra: Thomson-Civitas, 2010 p. 555; GIRGADO PERANDONES La responsabilidad... ob cit p. 185-186. Algunas sentencias de nuestros tribunales han reconocido la posibilidad de considerar a la sociedad matriz como administradora de hecho cuando su actuación haya sido realizada por su cuenta y exclusivo interés. Vid STS 25 de mayo de 2005

Tal y como se expresaba en el tratamiento de los límites de la personalidad en la doctrina del levantamiento del velo, y siguiendo la opinión de PAZ-ARES, parece que no estamos estrictamente ante una cuestión de abuso de la personalidad jurídica, sino de una incorrecta formación de la voluntad contractual⁴³⁰. En tales casos la sociedad matriz será responsable por la dirección del grupo si fue ésta quien llevó a cabo los actos susceptibles de lesión en el marco contractual. En estos supuestos, tendemos a creer que el criterio de imputación de la responsabilidad no es tanto una extensión a la matriz (consecuencia del desvelo de la personalidad) sino más bien una responsabilidad de la sociedad matriz, consecuencia de actos lesivos, al llevar a cabo una administración de hecho de la sociedad filial.

Con todo ello, y salvo la existencia de una conducta culposa que justifique la responsabilidad, podemos afirmar que en nuestro Ordenamiento no existe una comunicación de responsabilidad automática o global entre las sociedades pertenecientes a una misma organización. La organización societaria de grupo es lícita en nuestro Ordenamiento. Si bien es cierto que no existe en nuestro Derecho ni un concepto unívoco de grupo⁴³¹, ni una legitimación expresa del mismo, la mayoría de la doctrina tiende a considerar la existencia de una legitimidad implícita del grupo basado en una interpretación sistemática y teleológica de las normas de derecho privado y los principios fundamentales de la constitución económica, pudiendo considerar como legítima la persecución del denominado interés grupal⁴³². Por tanto la concepción de la

⁴³⁰ PAZ-ARES en URÍA y MENENDEZ ob cit p. 601, y 598 y ss.

⁴³¹ El concepto de grupo depende de cada área del Ordenamiento. Así en el Impuesto de Sociedades (artículo 67.2 LIS) se establece la opción de los grupos de acogerse al régimen fiscal de cuentas consolidadas. En materia de IVA también se establecido recientemente otro régimen especial para las compañías de grupo. La Ley 37/1992 de 28 de diciembre del IVA modificada por la ley 36/2006 de 29 de noviembre y RD 1466/2007 de 2 de noviembre que introducen el régimen especial de IVA de los grupos también optativo, que supone una ventaja de *cash flow* para las compañías y supone como un acercamiento a la consolidación de las obligaciones de declaración de IVA. Además del grupo de consolidación fiscal (ya sea de IVA ya sea de sociedades) el derecho tributario crea el concepto también para la aplicación o inaplicación de otros regímenes como por ejemplo el artículo 108 LIS para la determinación de empresa sujetas al régimen especial de reducida dimensión considerando como tal al concepto de grupo del artículo 42 del Cco. El objeto es que las compañías de grupo no utilicen su fórmula de desconcentración jurídica de varios sujetos, para aplicarse individualmente los beneficios fiscales establecidos para las pequeñas empresas. En Derecho laboral no existe una regulación concreta ni expresa del grupo, y las normas y principios al respecto son en su mayor parte fruto de una intensa creación jurisprudencial (MOLINA NAVARRETE, , Cristóbal. *La regulación jurídico laboral de los grupos de sociedades: Problemas y soluciones*. Granada: Comares, 2000. p.87-88). Así la STS de 30 de enero de 1990 establece para la extensión de la responsabilidad la concurrencia de determinados criterios tales como: la prestación laboral del trabajador al grupo, la actuación unitaria del mismo, la confusión patrimonial entre las sociedades, etc... En Derecho mercantil, el artículo 42 del Código de Comercio establece un concepto de grupo a efectos contables, relativo a la obligación para las sociedades dominantes, de presentar cuentas consolidadas. Desde la modificación efectuada con la Ley 62/2003 del propio precepto introducía el criterio de la “*unidad de decisión*” – el concepto alemán- como criterio delimitador del grupo. Pese a que este criterio se acercaba terminológicamente al criterio seguido por la doctrina, la creciente necesidad de una armonización de la legislación europea en materia societaria, vuelve a cambiar su redacción y a sustituir el criterio de la unidad de dirección por el concepto de “control”. Así pues la Ley 16/2007 de 4 de julio establece una nueva dicción según la cual se considerará la existencia de grupo “*cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras*”. y en particular, presume que existe dicho control cuando una sociedad dominante: “(a) Posea la mayoría de los derechos de voto. (b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración. (c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto. (d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, [...]”.

⁴³² La legitimidad del grupo descansa sobre la idea de la legitimación tácita del *interés grupal*, sobre la base de la libertad de empresa (38 CE), y de la autonomía de la voluntad (1255 CC), como un interés suprasocietario digno de protección por la maximización de los beneficios societarios individuales *vid.* DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit p. 221-223. EMBID IRUJO, José Miguel. “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”. En. *Revista de Derecho Mercantil*. Julio-Septiembre 2003, Nº 249, p. ; sobre el interés del grupo frente al interés de las sociedades agrupadas *vid.* EMBID IRUJO, José Miguel; SALAS FUMÁS, Vicente. “El gobierno de

extensión de responsabilidad argumentada a través de una situación de grupo en fraude de acreedores, sería algo así como considerar fraudulenta una situación que el propio ordenamiento legitima⁴³³.

Por tanto, dividir riesgos es lícito, así como dividir la explotación en tantas unidades como centros de imputación de responsabilidad se estime eficiente o conveniente en función de cada política de explotación, al amparo del principio de responsabilidad limitada, y en ejercicio del derecho de libre organización como manifestación del derecho de libertad de empresa, lo que en palabras de LUTTER implica evitar que el “*fuego se extienda por toda la ciudad*”⁴³⁴.

Algunas otras normas del Ordenamiento de carácter especial inciden de forma tangencial en el tema. Es el caso de las normas de derecho de la competencia que abordan el abuso de posición dominante (art 2 en la Ley 15/2007 de 3 de julio), en el seno de las prácticas anticompetitivas. También desde el derecho de Consumidores se regula la responsabilidad del productor por los productos defectuosos⁴³⁵. Se trata de normas específicas de responsabilidad directa *ex lege*, pero que en ningún caso conculcan o hacen quebrar el principio de responsabilidad limitada.

C. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE LA SOCIEDAD DOMINANTE POR LA DIRECCIÓN DEL GRUPO O INSTRUCCIONES PERJUDICIALES.

La multitud de posibilidades morfológicas respecto a las estructuras de dependencia societaria que se pueden dar en la práctica, requiere de alguna precisión subjetiva al respecto de la figura del administrador⁴³⁶. Cuando se hace referencia a la responsabilidad del administrador, se alude al administrador de derecho que formalmente ostenta dicho cargo como órgano necesario y esencial de la sociedad⁴³⁷. Esta responsabilidad no es extensible a otras figuras afines⁴³⁸ que pueden dar lugar a confusión en la práctica en el tráfico jurídico entre empresas, pero cuya naturaleza es

los grupos de sociedades”, en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, N°. 64, 2005. disponible en la web:

(<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214918>). p.25 y ss.

VICENT CHULIÁ, Francisco. “Grupos de sociedades y conflictos de intereses”. En *Revista de Derecho Mercantil*. N° 280 Abril-Junio, 2011. p. 21 y ss.

Sobre las dificultades del concepto de interés grupal vid. EMBID IRUJO, José Miguel “Pautas de análisis...” ob cit p.192 y ss.

⁴³³ Sobre interés social y grupal GIRGADO *La responsabilidad...* ob cit. p.33 y ss El interés grupal se erige como interés propio de la organización distinto del interés de cada una de las sociedades integrantes del mismo (*sociedades isla* en DUQUE DOMINGUEZ, Justino. “Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al derecho mercantil”. En *Grupos de Sociedades. Su adaptación a las normas de las comunidades europeas*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales-Universidad de Alcalá de Henares, 1987, p. 19-20).

⁴³⁴ GIRGADO PERANDONES. *La responsabilidad...* ob. cit. p.29.

⁴³⁵ Artículo 135 y 138 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (que implica un nuevo concepto respecto a la antigua regulación de la derogada ley 26/1984 de 19 de julio que preveía la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador).

⁴³⁶ HERNANDO CEBRIÁ, Luis. -“¿Sociedad dominante administradora de hecho? Mas allá del velo corporativo”. En *Revista de Derecho Mercantil*. N° 280 Abril-Junio, 2011. p.135.

⁴³⁷ STS de 24 de septiembre de 2001.

⁴³⁸ SANCHEZ CALERO, F. “*Los Administradores...*” ob cit.p.290.

muy distinta. Por tanto, no nos referiremos a los apoderados, gerentes o directores generales⁴³⁹, etc. que bajo el mandato del administrador pueden realizar determinadas tareas propias del mismo órgano de Administración, y a quienes por tanto, tal y como ha sostenido generalmente la Jurisprudencia⁴⁴⁰, no es extensiva dicha responsabilidad. Y es que, el hecho del que el mandatario esté bajo el poder fáctico del administrador (o su apoderamiento venga validado por el mismo), resulta muy relevante, pues la exclusión de este régimen de responsabilidad para ellos, se fundamenta precisamente en la existencia de la figura del administrador como superior jerárquico y responsable último de la institución. Cuestión distinta sería la de que, por el contrario- situación no poco habitual en la práctica- el administrador pese a ostentar formalmente el cargo de administrador de derecho, se encuentra de facto sometido a un poder externo a la propia sociedad, ejercido por un órgano suprasocietario, que dirige fácticamente la sociedad como administrador de hecho⁴⁴¹, o administrador dominante.

La existencia de una relación de dominación supone la existencia necesaria de un órgano superior, que en la estructura de grupo se identificará generalmente con el órgano de la sociedad dominante, pero que en general se encarga de la administración del grupo y se convierte en centro de imputación de responsabilidad orgánica ex 236 LSC. El anteproyecto de la LSA de 1979 de la Comisión General de Codificación estableció un primer intento de reconocimiento expreso de la responsabilidad en el seno de los grupos. El artículo 242 del citado texto, en relación a las instrucciones impartidas a las sociedades del grupo, establecía la responsabilidad de los administradores de las sociedades dominantes “*frente a estas sociedades y frente a sus accionistas y acreedores*”. En el mismo sentido y con una dicción muy parecida, el artículo 602 de la Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles⁴⁴² regulaba la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante los daños ocasionados “*...sin compensación adecuada*”. No obstante, ambos textos presentan una regulación limitada a las relaciones de grupo que dejaban vacía otras situaciones de desprotección.

La cuestión de la responsabilidad de los administradores de la sociedad dominante se redirige a la cuestión de determinación del concreto título de imputación de responsabilidad de aquellos. Por motivos ya expuestos anteriormente, tendemos a creer que es a través de la figura del administrador de hecho la que mejor encuadre tiene para la imputación de responsabilidad en el seno del grupo.

a) El administrador de hecho

Frente a la tesis del levantamiento del velo, la doctrina ha reaccionado mediante la búsqueda de argumentaciones distintas al propio fraude de ley o abuso del derecho, en el que fundar la solución al abuso de la personalidad jurídica, dependiendo de los

⁴³⁹ Salvo que concurra en ellos los presupuestos de una administración de hecho como indica QUIJANO GONZALEZ, J. “Capítulo V. La responsabilidad de los administradores” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1694.

⁴⁴⁰ STS de 7 de junio de 1999 y STS de 22 de marzo de 2004. “*al existir administrador legalmente es el auténtico responsable de la marcha de la sociedad*”.

⁴⁴¹ BONELLI Franco. «La responsabilità degli amministratori di società per azioni». En *Quaderni di giurisprudenza commerciale*. Milano: Giuffrè, 1992. p. 123.

⁴⁴² El art. 601 establecía una responsabilidad subsidiaria de la dominante por las deudas de la dominada.

distintos casos en los que tiene lugar. En materia de grupos o dependencia, la doctrina, e incluso la Jurisprudencia⁴⁴³, venían recurriendo a la figura del administrador de hecho, que ya venía recogida en el Código Penal⁴⁴⁴ desde 1995. Haciéndose eco de ello y siguiendo los pasos de la legislación penal, el legislador societario ha introducido la figura en el derecho positivo en materia de responsabilidad (primero en el art. 133.2 LSA⁴⁴⁵, y posteriormente en el art. 236.1 LSC) para hacer responder a aquellos que teniendo un dominio efectivo o de hecho sobre la sociedad deben responder por la culpa o negligencia en que han incurrido en la dirección fáctica de la misma⁴⁴⁶. Por tanto, no estaríamos ante una extensión de responsabilidad, sino en un auténtico régimen de responsabilidad directa del administrador⁴⁴⁷. En este sentido como establece PAZ-ARES⁴⁴⁸: “...lo que procederá no es la extensión de responsabilidad, sino la exigencia de responsabilidad a los administradores, tanto a los administradores de derecho (los administradores formales de la sociedad dependiente) como a los administradores de hecho (los administradores de la sociedad dominante)”. Así pues a través de la figura del administrador de hecho se ha argumentado la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores a aquellos que realmente ejercen como tales⁴⁴⁹.

El artículo 133.2 LSA se limitaba extender el régimen establecido para el administrador de derecho a “*el que actúe como administrador de hecho*”, que de forma poco clara⁴⁵⁰, no entraba en la propia definición del concepto. El nuevo artículo 236.1 LSC tampoco entra en la definición del concepto de administrador de hecho, pero si lo inserta en la cláusula general de responsabilidad orgánica junto al propio administrador de derecho estableciendo que “*los administradores de derecho o de hecho como tales, responderán frente a la sociedad...*”. El Informe Aldama si entró en la delimitación del concepto entendiendo como tal “*a quienes, sin ostentar la posición formal de administrador, desempeñan en la sociedad un papel de índole similar*” con el cual

⁴⁴³ En este sentido las STS 23 de marzo de 1998, STS de 26 de mayo de 1998, STS de 7 de junio de 1999, STS de 24 de septiembre de 2001. vid PAZ-ARES en URÍA Y MENÉDEZ ob cit. p. 601 y ss. En contra HERNANDO CEBRIÁ, L. “¿Sociedad dominante...” ob. cit. 2011. p. 161; BOLDÓ RODÁ *Levantamiento del velo...* ob cit 371 y ss; LATORRE CHINER, Nuria. “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”. En *Revista de derecho mercantil*, N° 253, 2004, p.871 y ss.

⁴⁴⁴ El artículo 31 Código Penal establece: “*El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, [...] responderá personalmente...*”

⁴⁴⁵ Modificación introducida con la Ley 26/2003 de Transparencia

⁴⁴⁶ La Propuesta del Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, constituida por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, ha recogido la figura del administrador de hecho, pero quizá con una equiparación menor al administrador de derecho de lo que hace la actual LSC. Mientras en la regulación actual se establece que el administrador de derecho y de hecho responden frente a la sociedad, frente a los socios y frente a los acreedores (art. 236 LSC), en la redacción de la Propuesta se establece exclusivamente que “*Los administradores, sean de derecho o de hecho, responderán del daño causado a la sociedad por infracción de los deberes con los que deben desempeñar el cargo*” (art. 215.15.1), por lo que se omite su responsabilidad frente a socios y terceros, lo que entendemos es un paso atrás en la apuesta por la figura del administrador de hecho como título de imputación de responsabilidad. Ello contrasta con la introducción en dicha propuesta de la responsabilidad de los directores generales “*que tenga atribuidas facultades de alta dirección de la sociedad*” (art. 215.21), en los casos en que no exista delegación permanente a los consejeros, norma que quizá pretenda cubrir el vacío de responsabilidad en los consejos de las grandes compañías. No obstante, la norma nos parece un camino que hubiera sido preferible recorrer por la vía del administrador de hecho y no por la extensión de la responsabilidad orgánica al director general, cuyos criterios delimitadores de la figura serán difíciles de perfilar.

⁴⁴⁷ EMBID IRUJO, se refiere a la existencia de unos deberes fiduciarios de los accionistas significativos, cuya consecuencia sería una extensión de la responsabilidad dada su capacidad de dominio, “*El buen gobierno corporativo ...*” ob cit, p.608.

⁴⁴⁸ PAZ-ARES, en URÍA Y MENÉDEZ ob cit. p. 601 Analógicamente, respecto del estudio de las asociaciones, en la misma línea SANTOS MORON ob cit p. 257. En sentido contrario HERNANDO CEBRIÁ, L. “¿Sociedad dominante...” ob. cit. 2011. p. 161, que aboga por la doctrina del levantamiento del velo en los casos de sociedad dominante como administradora. En idéntico sentido BOLDÓ RODÁ *Levantamiento del velo...* ob cit 371 y ss.

⁴⁴⁹ QUIJANO “Capítulo V...” ob cit p.1695.

⁴⁵⁰ SÁNCHEZ-CALERO, Fernando. *Los administradores...* ob cit p. 294.

parece acoger un criterio amplio de la figura. Sin embargo son varios los supuestos de administración de hecho que se dan en la práctica. Así se han distinguido entre los casos de administración de hecho con nombramiento y sin nombramiento⁴⁵¹. Con los primeros, se hace referencia al administrador de hecho que, ejerciendo las funciones propias del cargo, adquiere dicha calificación por la existencia de algún defecto formal, o por carecer de título válido: por ejemplo título, no inscrito, caducado, nulo etc... Respecto al administrador de hecho sin nombramiento, se alude al que ostenta el poder y la gestión propia del administrador, así como la apariencia, pero en ausencia del título.

Estos casos del que ejerce como administrador pero con la inexistencia de un título válido, se han distinguido la figura del llamado administrador oculto, como aquel que desempeña la administración sin hacer ostentación externa de su ejercicio, dirigiendo a la sociedad desde la sombra. El llamado administrador oculto tiene su origen en la distinción en el seno de la doctrina inglesa del llamado *shadow director*⁴⁵².

Aquí es donde surge la distinción entre el concepto amplio de administrador de hecho y el concepto restringido, siendo este último el que tiende a no considerar como tales a estos administradores ocultos⁴⁵³. Entre los que abogan por un concepto restringido, entiende que es condición indispensable para el verdadero ejercicio de la administración una mínima apariencia personal, lo que implica dirección directa y en primera persona, y ello requiere necesariamente hacerlo como se ha dicho: “*a cara descubierta*”⁴⁵⁴.

La relevancia de la cuestión surge en lo referente al régimen de responsabilidad establecido para el administrador de hecho, es decir, si es extensible al administrador oculto, o si por el contrario y por razón de seguridad jurídica, ha de entenderse sólo al concepto restringido de administrador de hecho. La Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de septiembre de 1999 ha definido al administrador de hecho como “*aquel cuya voluntad rige los destinos societarios, aunque externa y registralmente no ostente tales funciones*”. La opinión mayoritaria también es que el 236 LSC (antiguo 133 LSA) se refiere al concepto amplio, y por tanto ha de aplicarse dicha responsabilidad a todo el que cause daño en el ejercicio de los poderes inherentes al cargo de administrador. Y es que la adopción de un concepto restringido supone el riesgo de dejar vacío el ámbito de responsabilidad a aquel. Por nuestra parte, entendemos que la cuestión de la responsabilidad del administrador de hecho no se centra en el carácter público o encubierto en que se ejerce la dirección, sino más bien se trata de una cuestión de intensidad de la influencia decisoria⁴⁵⁵, que suponga un auténtico desplazamiento de la capacidad de decisión del administrador formal a quien carece de tal nombramiento⁴⁵⁶.

⁴⁵¹ QUIJANO “Capítulo V...” ob cit p.1695 ; DIAZ ECHEGARAY *El administrador de hecho de las sociedades*. Navarra: Aranzadi, 2002. p. 127 y ss y DIEZ ECHEGARAY *La responsabilidad civil de los Administradores de las sociedades anónimas*. Madrid: Montecorvo. p. 300 y ss; también MARTINEZ SANZ, Fernando. “Ámbito subjetivo de la responsabilidad.” p. 55-73. En: MARTÍN PEREZ Luis Fernando (dir.), y otros. *Responsabilidad de los Administradores y Directivos*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, p.55 y ss.

⁴⁵² PENNINGTON, Robert R. *Directors personal liability*. Birmingham: BSP-Profesional, 1986.p. 28: “...who exercise the same kind of influence over the board as dominant directors may do”. HERNANDO CEBRIÁ, L. “Sociedad dominante ...” ob. cit. 2011. p. 139-140.

⁴⁵³ En tal sentido, indica QUIJANO que la figura debe ser ponderada en su aplicación para evitar una aplicación excesiva a meras hipótesis de influencia sobre decisiones orgánicas. QUIJANO “Capítulo V...” ob cit p.1695.

⁴⁵⁴ LATORRE CHINER, “El administrador de hecho...” ob cit p. 871.

⁴⁵⁵ Según QUIJANO entiende que sería necesario que la influencia fuera tan determinante y continuada que permitiera atribuir o imputar las decisiones del órgano a quien la ejerce (QUIJANO “Capítulo V...” ob cit p.1695).

⁴⁵⁶ GARCIA CRUCES GONZÁLEZ. J.A. “Administradores sociales...” ob cit p. 532. QUIJANO “Capítulo V...” ob cit p.1695.

b) Referencia al mandato y la gestión de negocios ajenos

Pese a que la positivización de la figura del administrador de hecho ha supuesto cierta consagración frente a la opción de la doctrina del levantamiento del velo, no ha quedado dicha figura exenta de críticas por la amplitud del concepto y la inseguridad jurídica que genera⁴⁵⁷. En este sentido, se ha acudido a instituciones propias del derecho común, como al mandato o la gestión de negocios ajenos, como instrumentos más idóneos en la búsqueda de una solución global que integre de forma sistemática las responsabilidades dentro del grupo. En este sentido, alguna autora⁴⁵⁸ ha encontrado el fundamento de la responsabilidad en la relación de mandato del Código Civil regulado en los artículos 1709 y 1710 en lo referente a los grupos centralizados –esto es cuando la dominación es más intensa-, y para los grupos descentralizados, –es decir cuando se limita a “*exponer las líneas maestras de la política de grupo*”- se recurre a la responsabilidad por la gestión de negocios ajenos ex artículo 1891 CC, todo ello como una propuesta alternativa que pretende evitar las dificultades del administrador de hecho.

No obstante, llámese administrador de hecho u oculto, mandatario, socio de control, o cualquier otra vía, la responsabilidad es una responsabilidad como consecuencia de la dirección del grupo, por lo que la cuestión es que no debe considerarse un extensión de responsabilidad de la sociedad al socio como quiebra del privilegio de responsabilidad limitada, sino un mal uso de los principios societarios en la efectiva dirección de las sociedades.

7º. Conclusiones

El hermetismo patrimonial es una consecuencia de la personalidad jurídica de las sociedades de capital, donde cumple una función esencial para la financiación de las empresas, con lo que se posibilita la libre negociación del riesgo. Los problemas que genera el mal llamado “abuso de la personalidad jurídica” no tienen porque suponer una quiebra del principio de responsabilidad limitada. La solución a los problemas de la personalidad jurídica no se encuentra en la desestimación del hermetismo patrimonial de la sociedad de capital, sino que ha de buscarse en un adecuado centro de imputación de responsabilidad en la estructura orgánica que le es inherente. En este sentido no debe considerarse una extensión de responsabilidad de la sociedad al socio como quiebra del

⁴⁵⁷ DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit p. 428, “*el administrador de hecho es en el fondo, una nueva denominación para una figura conocida por el ordenamiento positivo: el factor notorio (art. 286 C.Com), es decir, un factor con nombramiento tácito que actúa con notoriedad como tal factor, sin oposición del empresario*”, sobre el concepto de factor ROJO, A. en URÍA y MENEDEZ “*Curso...*” ob cit p. 214 y ss.; vid también MORILLAS JARILLO *Las normas de conducta...* ob cit 73 y ss, sobre la configuración de la relación orgánica como contrato de mandato, y sobre la posición crítica al respecto en cuanto que la figura del administrador es necesaria y en cambio sería impensable una relación basada en el mandato necesario (ob cit p. 76).

⁴⁵⁸ DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit p. 404 y ss.

privilegio de responsabilidad limitada, sino el surgimiento de una responsabilidad por culpa en la gestión y representación de la sociedad. La figura del administrador aparece como el elemento esencial en torno al que debe girar la configuración de la responsabilidad de las sociedades de capital.

Por lo que respecta a la tutela preventiva del crédito, el hermetismo patrimonial de la sociedad no significa una especialidad relevante respecto del deudor común, que justifique un distinto tratamiento respecto del acreedor en la relación obligatoria. Si bien el hermetismo de la sociedad supone una delimitación de la garantía patrimonial universal (1911 CC), ello no supone nada diferente en tanto en cuanto dicho límite opera respecto de cualquier deudor común que responde sólo con su propio patrimonio. Al igual que la sociedad se extingue con la disolución, y con ello extingue su responsabilidad, igualmente la persona física extingue su personalidad con la muerte, y ello puede implicar igualmente la extinción de la responsabilidad (en tanto en cuanto existe la institución de la aceptación de la herencia a beneficio de inventario, del artículo 1010 y siguientes del CC). Bien es cierto que la publicidad registral de la sociedad es un requisito necesario para la adquisición de la personalidad jurídica (art. 33 LSC) que diferencia a la sociedad del deudor común (persona física), pero las consecuencias de la falta de publicidad se despliegan en el alcance de la responsabilidad a sus miembros⁴⁵⁹. Una vez inscrita y adquirida la personalidad -y por tanto la responsabilidad limitada- no parece haber razón alguna por la que el hermetismo patrimonial de la sociedad justifique un distinto tratamiento en el ámbito de la relación obligatoria del acreedor de la sociedad.

⁴⁵⁹ SAEZ, M. L. “Capítulo III...” ob cit p. 422

III. ESTRUCTURA ORGÁNICA COMO CONSECUENCIA DE LA PERSONALIDAD JURÍDICA: EL ADMINISTRADOR DE LA SOCIEDAD.

1º La figura del administrador como alteración del esquema de la relación obligatoria

Una de las cuestiones será determinar si efectivamente el simple esquema bipolar de la relación obligatoria sufre alguna modificación cuando es la sociedad la que pasa a interpretar el papel de deudor de la relación. Y es que la sociedad como ente ficticio o inmaterial requiere necesariamente de una estructura orgánica que articule y garantice su funcionamiento. Ello supone la aparición de nuevos sujetos que implican necesariamente el surgimiento de una pluralidad de intereses, tanto en el seno de la junta general como en el consejo de administración.

Pero es esencialmente la figura del administrador como órgano ejecutivo de gestión y representación⁴⁶⁰ cuya voluntad se identifica con la de la sociedad (art. 233-234 LSC)⁴⁶¹, el que es susceptible de generar una alteración en la tradicional dinámica de la relación entre deudor y acreedor, en tanto en cuanto el interés del administrador no se corresponde necesariamente con el de la entidad que representa. La participación intersocietaria, los grupos de sociedades, la alineación de intereses en el seno de la junta de accionistas, los socios de control, etc. son fenómenos típicos de la naturaleza societaria que generan un desdoblamiento de intereses que alteran la tradicional estructura acreedor-deudor. Así, cuando la sociedad desempeña el papel de deudor, los mecanismos de que dispone el acreedor para ver satisfecho su crédito se alteran, no sólo por el hermetismo patrimonial de la persona jurídica, sino también por su estructura orgánica en tanto en cuanto la decisión de llevar a buen fin la relación no depende unilateralmente del interés de un sujeto identificado enteramente con la figura del deudor, sino que depende de la voluntad e intereses de una pluralidad que se pone de manifiesto y que elevan el grado de imprevisibilidad de cumplimiento de la prestación. Ello se traduce en la responsabilidad orgánica del administrador por la contravención de sus deberes generales de diligente desempeño del cargo (236 y ss LSC), así como la llamada responsabilidad por pérdidas (por no instar la disolución a la sociedad en caso de pérdidas del artículo 367 LSC, antiguos 262.5 LSA y 105 LSRA, también llamada responsabilidad por deudas) o la responsabilidad concursal (172 bis LC).

No obstante, el administrador es responsable de sus propios actos en tanto en cuanto lo es por la inobservancia de sus deberes de diligencia, pero ello no implica una extensión de responsabilidad de la sociedad al administrador por sus deudas

⁴⁶⁰ ESTEBAN VELASCO-“Artículo 209. Competencias del órgano de administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1481 y ss.

⁴⁶¹ Siendo el objeto social el límite externo al poder de representación. Vid ESTEBAN VELASCO, G. “Capítulo IV...” ob cit. p. 1685.

contractuales. Es decir, la sociedad responde de sus propias deudas, sin que ello se extienda al órgano, pues aquel que ostenta la titularidad del mismo tiene una personalidad jurídica distinta de la propia sociedad. El efecto del principio de relatividad de los contratos (art. 1257 CC) es que, del negocio contractual, sólo se generan obligaciones para las partes que lo otorgan. Y en tal sentido el administrador no es parte de la relación obligatoria sino sólo el órgano ejecutivo de una de las partes contratantes. Por ello, como regla general, el administrador no será responsable del los incumplimientos contractuales de la sociedad, salvo que dicho incumplimiento se deba a la actuación culposa de éste⁴⁶².

Todo ello se traduce en lo que desde el ámbito económico se conoce como la problemática del riesgo moral (*moral hazard*)⁴⁶³, haciendo referencia los problemas que se generan con la situación de que, quien toma las decisiones, no responde con su propio patrimonio de los riesgos del negocio, lo que se traduce en una elevación de los costes de agencia⁴⁶⁴, es decir, de aquellos costes en que han de incurrir los socios para controlar la actuación del administrador, o minimizar la divergencia de intereses entre el órgano de administración y la propia sociedad.

Esta alteración del esquema tradicional, por el riesgo moral que implica la figura del administrador, no lo es sólo respecto de la lesión del crédito que se traduce en una responsabilidad orgánica, sino también en la previsión de protección que tendrá que hacer el acreedor en función de las particularidades de su deudor, lo que dota de una importancia fundamental al principio de publicidad registral de las sociedades mercantiles, para el natural desenvolvimiento de las relaciones obligatorias.

2º El carácter orgánico y contractual del administrador societario.

A. NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE LA SOCIEDAD Y EL ADMINISTRADOR.

Las tesis de la naturaleza orgánica del administrador han pugnado tradicionalmente en la doctrina con las tesis que defienden su naturaleza contractual. Y es que, en efecto, no ha sido pacífica en la doctrina la discusión sobre la relación del administrador y la sociedad. La condición de *fictio legis* de la sociedad hace compleja la

⁴⁶² ALFARO ÁGUILA-REAL. “La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº 18, 2002, p. 13-14, dice que dicha extensión sólo será cuando el administrador actúe con dolo; ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual de responsabilidad”. En ROJO/BELTRÁN (dir) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 193.

⁴⁶³ Ya ponía de manifiesto Adam Smith la problemática del riesgo moral en la dirección de la empresa: “no es razonable esperar que los directivos de estas compañías, al manejar mucho más dinero de otras personas que de ellos mismos, lo vigilen con el mismo ansioso cuidado con el que frecuentemente vigilan el suyo los socios de una empresa particular [...] En consecuencia, el manejo de los negocios de esas compañías siempre está caracterizado en alguna medida por la negligencia y la prodigalidad.” SMITH, Adam. *La riqueza de las Naciones*. Alianza. 1994, p. 695-696. Sobre el riesgo moral en la empresa ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p.141-142.

⁴⁶⁴ KEAY, A., *Company Directors’ Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, 2007, p.183; PAZ-ARES “Infracapitalización...” ob cit p. 254 y ss. ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p.143 y ss.

explicación de la relación entre ella misma y su órgano de representación y gestión⁴⁶⁵. Así se ha discutido entre las dos posturas citadas, donde los partidarios de la teoría de la ficción abogaban por la tesis de la representación y por tanto por su carácter contractual; y los partidarios de la teoría de la realidad como partidarios de la tesis del órgano. Las tesis contractualistas han buscado su justificación entre distintas figuras típicas del derecho (Mandato, comisión, representación, factor, agente, etc...), e incluso mediante una concepción del contrato de administrador como contrato atípico. Las posturas de las tesis orgánicas se basan en la imposibilidad de existencia de la sociedad sin el órgano que le dota de voluntad (representación necesaria⁴⁶⁶). No obstante esta tesis orgánica no termina de explicar la relación entre el administrador y la sociedad, por la distinción efectiva y real entre el órgano y el titular, lo que ha dado lugar a una vuelta a las tesis contractualistas. La situación actual, es de coexistencia pacífica entre ambas posturas, donde la relación contractual no supone necesariamente su negación como órgano social⁴⁶⁷.

B. LA RESPONSABILIDAD ORGÁNICA DEL ADMINISTRADOR POR VULNERACIÓN DE SUS DEBERES.

Los administradores de las sociedades son responsables del daño que causen por su actuación culpable, ya sea dolosa o negligente, incumpliendo los deberes inherentes al desempeño del cargo de administrador. Así pues, la responsabilidad de los administradores de las sociedades, tiene la función de reparar el daño causado por el incumplimiento de los deberes que le son propios en el ejercicio de su cargo⁴⁶⁸ (art.225 y ss LSC), bien directamente frente a la sociedad por los daños ocasionados al interés social, bien frente a socios, acreedores o terceros por los daños causados directamente a éstos. Para ello, se reconocen así en el régimen de responsabilidad, dos clases de acciones distintas e independientes⁴⁶⁹. En primer lugar, la llamada acción social (art. 238 y ss LSC)⁴⁷⁰, por los daños infringidos al interés social (entendido como interés de la sociedad, según el artículo 226 LSC), como consecuencia directa del incumplimiento del administrador de su deber de actuar de forma diligente, así como por la inobservancia de todos aquellos deberes inherentes al cargo. Respecto de la titularidad

⁴⁶⁵ MARTÍNEZ GUTIERREZ, Ángel, “La representación orgánica...” ob cit p. 78. ESTEBAN VELASCO G. “Artículo 209...” ob cit. p. 1481 y ss.

⁴⁶⁶ MORILLAS JARILLO, María José. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed. Madrid: La Ley, 2002. p.116.

⁴⁶⁷ ESTEBAN VELASCO, referenciado en MORILLAS JARILLO, María José. *Las normas de conducta...* ob cit. p.129.

⁴⁶⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, *La acción individual...* ob cit p. 96.

⁴⁶⁹ Sin intervención en el planteamiento, desarrollo o resultados, GARRETA SUCH. ob cit p. 163, DIAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital: Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio*. Navarra: Aranzadi, 2006, p. 339 y ss.

⁴⁷⁰ NEILA NEILA, José María. La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: (mercantil, civil, penal, administrativa); legislación, doctrina, jurisprudencia, formularios. Madrid: Edersa, 1995. p. 63 y ss; MARTÍ MARTÍ, Joaquim. “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario” en: *Diario la Ley*. Madrid: 2005, nº 6183. p. 1733 y ss; CALBACHO LOSADA, Fernando. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima: (doctrina y jurisprudencia)*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. 653 p.; MARTÍN PEREZ Luis Fernando (dir.), y otros (Landwell). *Responsabilidad de los Administradores y Directivos*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, 966 p.; POLO SÁNCHEZ, Eduardo. *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas)*. Madrid: civitas, 1992. 588 p. QUIJANO GONZALEZ, J. “Capítulo V. ...” ob cit. p. 1708 y ss.

de la acción social, corresponde a la propia sociedad mediante acuerdo adoptado en la junta general, que no podrá renunciar a continuar en ella si a ello se opone un 5% del capital, como medida de carácter protector de las minorías⁴⁷¹ (238.2 LSC). Además de ello, se concede la titularidad de la acción social a una minoría del 5%, que haya solicitado previamente convocatoria de junta para decidir a cerca de dicha acción, y, o bien los administradores no la hubieran convocado, o bien la sociedad no la hubiera ejercitado la acción acordada en el plazo de un mes, o bien que el acuerdo hubiera sido contrario a la interposición de la acción (239.1 LSC). Pero lo más relevante a nuestros efectos, es que también los acreedores sociales están legitimados para defender el interés social, mediante el ejercicio de dicha acción cuando no lo hiciera la sociedad o los accionistas y el patrimonio de la sociedad fuera insuficiente para la satisfacción del crédito (240 LSC). En segundo lugar, la acción individual (art. 241 LSC), que protege a los socios, acreedores o terceros en general, frente al administrador por los daños causados a aquellos, como consecuencia del desempeño incorrecto⁴⁷² o negligente de sus funciones, o el incumplimiento de sus deberes inherentes al cargo de administrador, como manifestación directa de las normas generales de responsabilidad civil, del derecho común (1902 CC)⁴⁷³.

⁴⁷¹ EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*. Madrid: Orión, 1987. 280 p. Sobre la indisponibilidad de la acción social por la junta general. ALONSO ESPINOSA, Francisco José. *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de capital en sus elementos configuradores* Madrid: Aranzadi, 2006. p. 116-117: “La acción social protege a todos los sectores de intereses que confluyen en la sociedad”. En el mismo sentido SANCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit. p. 375 y ss ;

⁴⁷² URÍA, MENÉNDEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA... ob cit. p. 912. Como indica ESTEBAN VELASCO, G. “Artículo 241. Acción individual de responsabilidad” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1731, debe existir ilicitud o antijuricidad de la conducta.

⁴⁷³ URÍA, MENÉNDEZ, GARCÍA DE ENTERRÍA. ob cit p.916. En la anterior Ley Sociedades Anónimas de 1951 sólo respondía aquel administrador por los daños causados por dolo o culpa grave “del daño causado por malicia, abuso de facultades o negligencia grave” (art. 79 de la ley 1951). Con la modificación legislativa de 1989 se pasa a la responsabilidad por falta de “diligencia con que deben desempeñar el cargo” (art. 133.1 LSA). Es decir, se pasa de un sistema en el que sólo era responsable el administrador que actuaba de forma dolosa o cuanto menos gravemente negligente, a otro en el que se responde por la inobservancia de un mínimo deber de diligencia. Así el régimen de responsabilidad del administrador cumple la función esencial de cuidar que éstos cumplan con las obligaciones inherentes a su cargo, impuestas por la Ley, por los estatutos, o por cualquier norma del Ordenamiento SANCHEZ CALERO F. *Los Administradores...* ob cit. p.287. Con la nueva Ley de Sociedades de 1989 se modifica dicho régimen elevando el nivel exigible, extendiendo la responsabilidad a la negligencia leve o levisima, llegando incluso a la llamada responsabilidad “cuasi-objetiva” en su aplicación por los tribunales. El crecimiento económico, el desarrollo de las sociedades democráticas, el aumento de los escándalos financieros, y de los impagos etc, son motivos que con mayor frecuencia venían reclamando una elevación de la exigencia de los administradores. En este sentido, MOYA JIMENEZ, J.A. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. Madrid: Bosch, 2007. p.20, respecto de ser administrador de una sociedad” ya no es la panacea y una situación de privilegio, sino que encarna una serie de riesgos y responsabilidades que hay que asumir y responder de ellas ante la sociedad, ante los accionistas, y ante los acreedores de la sociedad.” La Jurisprudencia termina implantando un sistema que se denomina Jurisprudencia soluciones cuasi-objetivas como en la STS de 30 de enero de 2001 establece: “se agrega que hoy la tutela del perjudicado frente a las actuaciones de los Administradores o Consejeros, es mucho más fornida que la Ley precedente, ya que en la actualidad, prácticamente, dentro de la praxis judicial, se está casi en el umbral de la llamada responsabilidad objetiva o por riesgo, porque, en cuanto se produzca el daño y se acredite el nexo causal, la responsabilidad del Administrador o el Consejero, será inevitable”. La mayoría de la doctrina es contraria a esta perspectiva: SANCHEZ-CALERO *Los Administradores...* ob cit. P. 287 y 306 y ss; ALONSO ESPINOSA ob cit p 84 y ss; URÍA Y MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA ob cit p. 913-914, CERDÁ ALBERO, “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Sólos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)” *Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2001, p. 3, disponible en la web:

www.indret.com/es/derecho_privado/16/?sa=1&indret=, afirman rotundamente que estamos en un sistema de responsabilidad por culpa. Por tanto la responsabilidad del administrador es una responsabilidad culpable por la inobservancia de los deberes que dicho cargo le imponen. En el artículo 127 LSA establece que la diligencia con que ha de actuar el administrador es la de “un ordenado empresario y un representante leal” que simplifica lo que el derecho anglosajón denomina *duty of care* y *duty of loyalty*. Con la modificación introducida con la Ley de transparencia se introdujo en la propia LSA el desarrollo del concepto de diligencia, y por tanto el desarrollo legal de la conducta del administrador, definiendo otros deberes específicos, tales como son los de información, fidelidad, lealtad y secreto. Este sería el concepto de diligencia en un sentido amplio que engloba todo el acervo de conductas

El fundamento de la responsabilidad del administrador, no es otro que el deber de indemnizar al que sufre un daño causado por su culpable conducta en el ejercicio de su cargo, es decir, por el incumplimiento de las obligaciones impuestas por la ley y los estatutos, y por tanto como manifestación del principio *neminem laedere*. El régimen de responsabilidad, además de cumplir esta función esencial de reparación del daño (función inherente a todo régimen de responsabilidad civil), cumple además con el objetivo de controlar la gestión de los administradores⁴⁷⁴, como sujetos que ostentando los máximos poderes de gestión y representación de la sociedad, acumulan en sus manos importantes dosis de poder⁴⁷⁵. La especial característica del régimen de responsabilidad, radica en la condición orgánica⁴⁷⁶ del administrador, por cuanto sólo es responsable en función de tal régimen, de los actos cometidos en el ejercicio de sus funciones o desempeño de su cargo⁴⁷⁷. Esta responsabilidad orgánica es, no obstante, personal e individual. Hablamos de la responsabilidad personal⁴⁷⁸ del administrador por ser fruto del ejercicio personal de sus funciones, y que en su acción responde de los daños causados, independientemente⁴⁷⁹ de la responsabilidad de la sociedad como persona jurídica, y como centro de imputación final. Por este motivo es por el que el administrador responde con su propio patrimonio personal de aquellos daños en el ejercicio de sus funciones⁴⁸⁰. Y hablamos de una responsabilidad individual del administrador y no del órgano colegiado como tal, en que se pueda constituir la administración. Y es que en efecto, en caso de administración colegiada serán personal y solidariamente responsables (artículo 237 LSC) los propios administradores. En ningún momento se refiere la LSC al consejo de administración como órgano responsable, y por tanto estamos ante una responsabilidad individual de los administradores y no del consejo como órgano colegiado⁴⁸¹.

C. CONSECUENCIAS DE LA ESTRUCTURA ORGÁNICA DE LA SOCIEDAD

correctas definidas en la el art. 127 y siguientes de la LSA y cuyo incumplimiento supone la exigencia de una responsabilidad por culpa.

⁴⁷⁴ SÁNCHEZ-CALERO, Fernando (dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Revista de derecho privado. 1997, p. 240; SÁNCHEZ-CALERO, Fernando *Los Administradores...* ob cit p. 287.

⁴⁷⁵ ESTEBAN VELASCO G. "Artículo 209..." ob cit. p. 1481 y ss.

⁴⁷⁶ Se puede hacer aquí referencia al carácter empresarial de su condición: responsabilidad patrimonial universal (1089 CC) con todos sus bienes presentes y futuros (1911 CC). ROJO, en URÍA Y MENENDEZ ob. cit. p. 70.

⁴⁷⁷ MARIN DE LA BÁRCENA, *La acción individual...* ob cit. p. 101 y 102. en el sentido de que la única responsabilidad por incumplimiento del administrador es frente a la sociedad. La acción individual es añadida (1902 y 1101 CC) en función de cual sea el patrimonio lesionado. Pero en ambos casos es una responsabilidad orgánica como "resultado de la aplicación de las normas de derecho especial de la persona jurídica sobre responsabilidad de los titulares de esta posición jurídica de órgano".

⁴⁷⁸ CASTRESANA SANCHEZ, Luis Felipe. "Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas" en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (dir.) *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, 1994, p. 678, que establece que respecto del cargo de administrador: "no ha de olvidarse, es un cargo intuitu personae y que probablemente exigiría una firme actitud en contra del acuerdo dañoso".

⁴⁷⁹ MARIN DE LA BARCENA, *La acción individual...* ob cit p.96, 101 y 102.

⁴⁸⁰ DIAZ ECHEGARAY *Deberes...* ob cit p. 199 y ss, ALONSO ESPINOSA *La responsabilidad...* ob cit p. 14 y ss., MARIN DE LA BÁRCENA, *La acción individual...* ob cit p.105, en el sentido de que los daños ocasionados fuera del ejercicio de las funciones de Administrador (en "su esfera personal y extraorgánica") no se aplicará el régimen de los artículo 133 y siguientes, sino las normas de Derecho común de responsabilidad civil.

⁴⁸¹ A este respecto ver GARRIGUES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I Séptima edición. Madrid: Aguirre, 1976. p.489. Establece La Ley "considera como órgano tanto al administrador aislado como al Consejo de administración" GARRIGUES, J. *Curso...* ob cit p. 475.

De esta síntesis de la responsabilidad orgánica del administrador, podemos extraer que nos encontramos ante una responsabilidad orgánica que adquiere relevancia por la especial importancia que tiene la figura del administrador en la estructura de la propia sociedad. El administrador, ya sea como órgano unipersonal o pluripersonal (Consejo de Administración) gestiona y representa⁴⁸² a la sociedad, como órgano imprescindible y necesario, para su funcionamiento⁴⁸³. Aunque es nombrado por la Junta general, actúa de modo independiente y autónomo⁴⁸⁴, en la dirección de la marcha de la sociedad, como órgano ejecutivo. Al cargo de administrador se le confiere por tanto, el más alto poder ejecutivo de la sociedad, y no está sujeto a ningún otro poder más que el que provenga de la junta de accionistas que legitima su poder, lo que necesariamente conlleva la exigibilidad de un elevado nivel de diligencia. Por ello, la independencia, autonomía, y responsabilidad son inherentes por definición al propio concepto de administrador, por ser atribuidos necesariamente a aquel órgano legitimado a ostentar los más amplios poderes en la sociedad. Estos poderes imponen deberes que ha de observar el administrador en su actuación. El fundamento de la responsabilidad es el resarcimiento de los daños ocasionados por la inobservancia de tales deberes que impone la ley (Artículo 225 y ss. LSC), como garantía de que aquel que gobierna la nave lo hará con la diligencia requerida para tal gobierno.

La naturaleza de la sociedad como *factio iuris*, requiere necesariamente⁴⁸⁵ de la figura de la persona física, como ente real que complete su voluntad para poder operar efectivamente en el tráfico jurídico, incluso en aquellos casos en que el administrador sea una persona jurídica. Así pues, el administrador es el órgano imprescindible (tal y como ha afirmado la Jurisprudencia⁴⁸⁶) que dota de acción necesaria a la voluntad⁴⁸⁷ que requiere la sociedad para funcionar y por tanto para adquirir la condición de tal. En este sentido, la voluntad del administrador se identifica con la de la sociedad, de tal manera que se imputen a la sociedad los actos realizados por el administrador en el ejercicio de sus funciones. Esto genera determinados problemas de imputación de responsabilidad y compatibilidad de responsabilidades entre la sociedad y el órgano⁴⁸⁸. La representación tal y como dispone el artículo 234.1º LSC implica “*la extensión a todos los actos comprendidos en el objeto social determinado en los estatutos*”. En este sentido (tal y como dispone el segundo párrafo del art. 234.1 LSC) será ineficaz frente a

⁴⁸² SÁNCHEZ CALERO Fernando. *Instituciones de derecho mercantil*. Vigésimo cuarta edición. Vol. I. Madrid: McGraw Hill, 2003. p. 405 “*su representación se califica como orgánica en cuanto que constituye un instrumento necesario para que la sociedad pueda manifestar externamente su voluntad y ejecutar los actos necesarios para el desarrollo de su actividad, de forma que los actos de los administradores, cuando actúan en la forma y dentro de los límites establecidos en la ley al regular su poder de representación, se consideran como actos de la propia sociedad*”. Sobre la manifestación de voluntad necesaria” SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil temas actuales*. Madrid: Montecorvo, 2001. p. 488. ESTEBAN VELASCO G. “Artículo 209...” ob cit. p. 1481y ss. Indica este autor que a los administradores les incumbe realizar todos los actos necesarios para la consecución del objeto social incluyendo tanto la administración ordinaria como la extraordinaria (“Artículo 161...” ob cit p.1209).

⁴⁸³ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (delimitación y concurrencia). Bolonia: Publicaciones del Real Consejo de España, 2005. p. 28.

⁴⁸⁴ LOJENDIO OSBORNE “Las sociedades mercantiles”. en JIMÉNEZ SÁNCHEZ (dir.) *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998. p. 300; SÁNCHEZ CALERO, “Instituciones...” ob cit. p. 405.

⁴⁸⁵ LOJENDIO OSBORNE “Las sociedades...” ob cit p.300 “*se trata de un órgano necesario sin el que la sociedad no podría cumplir su fin*”.

⁴⁸⁶ La STS de 24 de septiembre de 2001 establece el carácter imperativo de la existencia del órgano social.

⁴⁸⁷ SANTOS BRIZ *La responsabilidad civil...* ob. cit. p. 488.dice “*La manifestación de voluntad del órgano concreto vale como voluntad de la persona jurídica.*”; MARIN DE LA BÁRCENA. *La acción individual...*ob cit p.100

⁴⁸⁸ MARIN DE LA BÁRCENA. *La acción individual...*ob. cit. p. 96 y ss

terceros cualquier limitación de las facultades aun inscritas en el Registro Mercantil. Todo ello supone que los actos realizados por los administradores vinculan a la sociedad aunque no se respeten las restricciones internas establecidas⁴⁸⁹. Además de ello la sociedad también queda obligada -frente a terceros de buena fe- por los actos del administrador, aun cuando estos excedan del objeto social (234.2º LSC) lo que supone que la sociedad queda vinculada por todos los actos del administrador en el ejercicio de su cargo⁴⁹⁰.

Las consecuencias de la representación en materia de responsabilidad se traduce en que vinculan a la sociedad los actos del administrador realizados en el ejercicio de sus funciones frente a terceros de buena fe, lo que supone que la responsabilidad patrimonial de la sociedad despliega sus efectos, por los daños que se produzcan por dicha conducta, sin perjuicio de la repetición en el administrador con ocasión de su relación contractual, quedando por el contrario fuera de responsabilidad en aquellos actos que efectúe el administrador a título personal, sin el carácter de órgano⁴⁹¹. Por su parte, el administrador responde de los daños ocasionados por la sociedad cuando sean consecuencia de su excesiva actuación incumpliendo los deberes de su cargo⁴⁹². Así pues la sociedad persona jurídica que responde como deudora está sujeta a la voluntad de su órgano de administración (art. 234.2 LSC), pues como *fictio iuris*, mantiene una dependencia orgánica que determina junto con el hermetismo patrimonial una alteración del esquema tradicional bipolar de la relación obligatoria. Esta alteración se manifiesta en la doble vertiente de responsabilidad general de la sociedad y la responsabilidad orgánica del administrador.

La necesidad de la figura orgánica del administrador -como máximo órgano de gestión y representación de la sociedad- supone la aparición de un riesgo moral, que conlleva a una elevación del coste de agencia, dada la divergencia de intereses entre el órgano y la sociedad⁴⁹³. Por ello, la naturaleza orgánica del administrador aparece como un elemento relevante por un lado en lo referente a la existencia en el ámbito societario de una pluralidad de intereses en conflicto, y por otro lado, por las dificultades que se generan en el ámbito científico a la hora de llegar a un acuerdo en la determinación del interés social. El administrador, como órgano ejecutivo que gestiona y representa, se encuentra como eje que ha de arbitrar en su gestión, entre una pluralidad de intereses en conflicto que se ponen de manifiesto con la estructura de la sociedad⁴⁹⁴, y dicho arbitrio, que se traduce en la toma de decisiones de administración, debe perseguir en todo momento la diligente y leal defensa del interés social. La dificultad de todo ello radica en la propia definición del interés social como fin de la actividad gestora del administrador.

⁴⁸⁹ La finalidad es liberar al tercero de la carga de realizar averiguaciones acerca de las limitaciones derivadas de la relación interna, ESTEVAN VELASCO "Capítulo IV..." ob cit p.1683-1684. Si bien esta irrelevancia de la publicidad registral supone la ineficacia en el ámbito externo, Su eficacia si despliega sus efectos en el ámbito interno entre el órgano y la sociedad.

⁴⁹⁰ Como indica ESTEBAN VELASCO el objeto social opera como límite externo al poder de representación, no obstante, el tercero de buena fe es una excepción importantísima al citado límite, por lo que sólo será oponible dicho exceso de representación frente a los terceros de mala fe que hubieran contratado habiendo tenido un conocimiento efectivo de que el acto excedía del objeto social o infracción del deber de diligencia. ESTEVAN VELASCO "Capítulo IV..." ob cit p.1686-1687.

⁴⁹¹ MARIN DE LA BÁRCENA. *La acción individual...* ob. cit. p. 100 y 106

⁴⁹² ESTEVAN VELASCO "Capítulo IV..." ob cit p. 1684

⁴⁹³ POSNER, R. *El Análisis...* ob cit p. 656-658. ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p.150.

⁴⁹⁴ ESTEBAN VELASCO G. "Artículo 209..." ob cit. p. 1482.

IV. EL CONFLICTO DE INTERESES ENTORNO A LA SOCIEDAD DE CAPITAL: MECANISMOS DE ALINEACIÓN DE INTERESES

1. La posición del órgano de administración en los conflictos de interés.

La configuración de los deberes de los administradores en el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (art. 225 a 232 LSC), al igual que en la antigua Ley de Sociedades Anónimas (art. 127 y ss LSA) es compleja, y mantiene una estructura confusa⁴⁹⁵, no sólo por el contenido de cada uno de estos deberes sino también por la plural significación del propio concepto de diligencia en función del sentido en que se emplee. Así desde un punto de vista amplio, el deber de diligencia, como primer deber de todo administrador (desempeño diligente de su cargo), se puede considerar como piedra angular estructurante del sistema de deberes, de donde emanan todos los demás deberes específicos⁴⁹⁶, es decir, el administrador diligente es aquel administrador leal y fiel⁴⁹⁷. No se da una definición del deber general de diligencia, sino que ha de interpretarse en función del significado del resto de deberes específicos del administrador⁴⁹⁸. El administrador debe actuar de acuerdo a la ley y al interés social que debe inspirar en todo momento su actuación.

El texto refundido incorpora algún cambio respecto a la redacción anterior de la LSA, al suprimir el deber de fidelidad, sustituyéndolo por un deber de lealtad⁴⁹⁹. Y en este sentido, este deber de fidelidad al interés social, con la antigua redacción se configuraba en el auténtico deber general de actuación, y deber central desde su función normativa, como directriz que compromete la función y significado del resto de deberes⁵⁰⁰. En este sentido la fidelidad al interés social adquiriría un papel protagonista en

⁴⁹⁵ SÁNCHEZ CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p.162, señala que el régimen responde a normas surgidas en momentos históricos diferentes, que se superponen y originan en algunos casos ciertas incoherencias

⁴⁹⁶ FONT GALAN, Juan Ignacio. “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad”. En AAVV *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Tomo I, Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 602 respecto de la configuración del deber de diligencia como super deber

⁴⁹⁷ LLEBOT MAJÓ, José Oriol. *Los deberes de los administradores de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1996. p.26 señala como deberes fiduciarios generales los deberes de lealtad y diligencia, cosa que como señala FONT GALAN se configura a través de la fidelidad al interés social (FONT GALAN, “La fidelidad...” ob cit 603).

⁴⁹⁸ Siguiendo a RIBAS FERRER “Artículo 225. Deber de Diligente Administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p.1614 y ss., se desglosa en: deber de atención, deber de profesionalidad, deber de prudencia, deber de vigilancia.

⁴⁹⁹ EMPARANZA, Alberto S. “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de la sociedades de capital”. En AAVV *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*. QUADERNI DEL dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN. Jovene editore: Napoli, 2001. p. 150, en el sentido de que el deber de fidelidad ha pasado a integrarse dentro del deber de lealtad. MORILLAS JARILLO, MJ. “El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a la luz del derecho español”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 101.

⁵⁰⁰ FONT GALAN “La fidelidad...” ob cit 603 considera que si bien desde un punto de vista estructural, la diligencia es el deber central, desde un punto de vista funcional-normativo el deber central es el deber de fidelidad al interés social como “*deber nutricional*” del resto de deberes. Considera la situación proactiva del deber de diligencia diligencia y propositiva del deber de lealtad, ob cit p.604. A través de este esquema-con la fidelidad al interés social como

el comportamiento del administrador que ha de ser concretado desde la determinación del auténtico significado de interés social. La nueva redacción sustituye el deber de fidelidad al interés social, por el concepto de *deber de lealtad* en defensa del interés social (226 LSC). Dicho deber de lealtad amplía así su significación integrando el deber de fidelidad⁵⁰¹, y establece una conexión entre la lealtad y la causa del negocio jurídico⁵⁰². El deber de lealtad se erige como deber general a través del cual el interés del administrador debe ceder frente al interés de la sociedad⁵⁰³, y del cual emanan los concretos deberes y prohibiciones impuestos (227 y ss. LSC)⁵⁰⁴.

Así, el interés social como fin de la actividad gestora del administrador⁵⁰⁵, se presenta como perspectiva necesaria en el estudio de los deberes de éste en situaciones de crisis. La dificultad, se encuentra en la indeterminación del concepto de interés social, cuya reforma en la ley de transparencia (interés social como interés de la sociedad)⁵⁰⁶ no sólo no ayuda a aclarar sino que agudiza la indeterminación del concepto⁵⁰⁷, y cuya polémica trasciende del propio derecho societario a cuestiones ideológicas desde perspectivas no sólo jurídicas, sino también económicas, sociológicas, o políticas⁵⁰⁸. Lo que interesa señalar es la especial posición instrumental del administrador como titular de deberes fiduciarios, donde su posición orgánica le

vértice- se configuran los dos deberes generales de diligencia y lealtad como determinantes de la responsabilidad del administrador. En tal sentido señala PAZ-ARES la necesidad de diferenciar entre deslealtad y negligencia, por la distinta naturaleza del desvalor de acción de la conducta del administrador (en PAZ-ARES, Cándido. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. En: *Revista de derecho de sociedades*. nº 20, 2003. p.69).

⁵⁰¹ EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 150.

⁵⁰² RIBAS FERRER, V. “Deberes de los Administradores en la Ley de Sociedades de Capital”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Nº 38, 2012. p. 93. Indica este autor la conexión entre la lealtad y la causa del negocio, con lo que el administrador no puede actuar cuando exista conflicto de interés con la sociedad dada su posición fiduciaria, (en RIBAS, V. “Artículo 226...” ob cit p. 1625.

⁵⁰³ Respecto al conflicto de interés entre administrador y sociedad EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 148 divide en tres tipos: (i) actuaciones contrarias al interés social; (ii) conflictos que solo obligan a comunicar; y (iii) conflictos de interés entre la actuación del administrador y lo que realmente persigue la sociedad que puede ser excepcionado con autorización de la junta.

⁵⁰⁴ Concretamente prohibición de usar el nombre de la sociedad (227 LSC), prohibición de aprovechar oportunidades de negocio (228 LSC), prohibición de competencia (230 LSC), deberes de comunicación de conflicto de interés (229 LSC).

⁵⁰⁵ EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 151-152, indica que el interés social es el postulado básico que delimita el contenido y alcance de la actuación de los administradores, y por tanto, el interés social es el límite de actuación inmanente a la gestión de los administradores. MORILLAS JARILLO, MJ. “El problema de la determinación ...” ob cit p. 93 respecto del interés social como norma general de conducta.

⁵⁰⁶ La dificultad de la definición del interés social desde una perspectiva contractualista se desprende de su naturaleza plurilateral, dada su evolución cambiante en el devenir de la sociedad, vid. MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés ...” ob cit. p. 99

⁵⁰⁷ Sobre la tautología del art. 127 bis LSA, SANCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p.177; ESTEBAN VELASCO, “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”. en *Responsabilidad social corporativa : aspectos jurídicos-económicos*, 2005. p. 23-25, respecto de que el legislador no ha sido claro cuando ha podido serlo, considerándolo como una apertura a una tendencia a considerar la posibilidad de atender a otros grupos de interés; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa” En RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (coord.) *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*”, Vol. 2, 2006, p. 851-914. Disponible en la web www.ucm.es/eprints. pp. 30 y p.97, como una renuncia del legislador a posicionarse en una postura clara; por su parte HERNANDO CEBRIÁ, Luis. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. p. 40, que concibe la reforma como un intento del legislador de conciliar las posturas contractualistas e institucionalistas. MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación...” ob cit. p. 99.

⁵⁰⁸ SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de...* ob cit p. 64

convierte en brazo ejecutor de las relaciones externas de la sociedad⁵⁰⁹, relaciones potencialmente creadoras de conflicto de interés⁵¹⁰.

2. La sociedad de capital como centro de colisión de una pluralidad de intereses en conflicto

A. LA PLURALIDAD DE INTERESES EN LA SOCIEDAD DE CAPITAL

La sociedad, como asociación⁵¹¹ de personas que contribuyen para la realización de un fin común, se configura a través de un vínculo jurídico de naturaleza contractual⁵¹². La naturaleza plural de la sociedad de capital, la multitud de sujetos intervinientes, y sus múltiples posibilidades de configuración, pone de manifiesto, entre otras cosas, la aparición de una pluralidad de intereses⁵¹³ en permanente conflicto⁵¹⁴, tanto en el funcionamiento externo⁵¹⁵ -como sujeto de derecho interviniente en el tráfico jurídico-, como en su configuración interna⁵¹⁶. El primer caso -su funcionamiento externo-, se hace referencia al conflicto de intereses entre la sociedad, y el resto de sujetos que entran en contacto con la sociedad, o que se ven afectados con el desarrollo de su actividad empresarial -los llamados *stakeholders*)⁵¹⁷ - y cuya colisión de intereses es consustancial a toda relación del tráfico, propia del intercambio y distribución de bienes y servicios escasos (en su acepción económica), como manifestación de la onerosidad del negocio jurídico. El segundo caso, se refiere a los conflictos de interés internos de la sociedad, bien fruto de la condición de partes contratantes del contrato de

⁵⁰⁹ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 156.

⁵¹⁰ EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 148 y ss. hace referencia a los distintos conflictos de interés entre el administrador y la sociedad.

⁵¹¹ Según EIZAGUIRRE el derecho de sociedades es “el derecho de las agrupaciones privadas de personas, constituidas negocialmente para la consecución de un fin común y determinado”. EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 9

⁵¹² PAZ-ARES, en URÍA Y MENENDEZ... ob cit capítulo 10

⁵¹³ Incluso cuando la sociedad forma parte de un grupo, dichos intereses en conflicto se multiplican, sobre los intereses en conflicto en el seno del grupo vid. EMBID IRUJO, José Miguel “Pautas de análisis...” ob cit p. 203

⁵¹⁴ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 58 y ss., indica que la sociedad como contrato obligatorio y contrato de organización sirve para disciplinar la tutela de dichos intereses en conflicto.

⁵¹⁵ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 156.

⁵¹⁶ En el ámbito mercantil la sociedad de capital se instituye en el instrumento formal de explotación económica de las empresas, y esencial en la financiación de las grandes compañías, a través de la cotización de sus acciones en los mercados secundarios, siendo elemento esencial de una parte del sistema financiero (GALGANO, *Las instituciones...* ob cit p. 91 y ss.). Así, el mercado permite a los ahorradores financiar a las compañías que consideren más eficientes, dando lugar a un sistema donde el capital de las sociedades anónimas abiertas permanece suscrito por una multitud de titulares inversores anónimos, donde estos accionistas titulares pueden ser -en calidad de personas jurídicas- otras sociedades de capital, a su vez financiadas por otra multitud de accionistas sucesivamente. Respecto de la pluralidad de intereses que se ponen de manifiesto en el grupo de sociedades SÁNCHEZ ALVAREZ, Miguel María. “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores” en *Revista de derecho mercantil*; 1998, nº 227, p.138 y ss.

⁵¹⁷ Nombre que desde la doctrina científica anglosajona se utiliza como contraposición de los *stockholders* o *shareholders* (accionistas) para denominar al grupo de sujetos vinculados o afectados por el desarrollo de la actividad de la sociedad, tales como empleados, clientes, proveedores, clientes, instituciones, comunidades, y en general la sociedad en su conjunto en cuanto se vea afectada por la actividad empresarial (vid. RUIZ MUÑOZ “Un apunte...” ob cit p.158 sobre el concepto de *stakeholders* y la *stakeholder theory*).

sociedad, es decir, socios entre sí⁵¹⁸, o bien fruto de la configuración orgánica de la sociedad, conflicto entre los distintos órganos sociales (reduciéndose generalmente al conflicto control-propiedad)⁵¹⁹.

La pluralidad de intereses que emergen a consecuencia del desempeño de la actividad empresarial en las sociedades, y la separación entre control y propiedad que dimana de ella, ha servido como argumento para afirmar la existencia de varios criterios interpretativos en el seno de la sociedad y con ello, la necesidad de conceder en la gestión un mayor grado de autonomía e independencia de los administradores en la persecución del fin social⁵²⁰. A través de dicha discrecionalidad, desde los sectores institucionalistas se intentado fundamentar una necesaria apertura del interés social a la atención de otros intereses distintos al de los socios (concepción pluralista), y que tiene como consecuencia una reivindicación del concepto de empresa frente al de sociedad⁵²¹. El debate en torno al interés social se proyecta en su dimensión orgánica, a través de la lucha de poder que se ha mantenido en el desarrollo histórico⁵²² de la sociedad, entre junta general y consejo de administración, constituyendo uno de los temas esenciales de la *lex societatis*, y que no es otro que el referido conflicto entre control y propiedad⁵²³.

B. CONFLICTO DE INTERESES AD EXTRA: SOCIOS Y ACREEDORES SOCIALES

a) El conflicto entre socios y acreedores en las sociedades en crisis

En el ámbito de las sociedades en situaciones de crisis, el conflicto de interés entre acreedores y accionistas, plantea una encrucijada para el administrador cuya actuación debe ir inspirada por la fidelidad al interés social y el cumplimiento de la ley.

⁵¹⁸ La contraposición de intereses del contrato de sociedad ya que como indica EIZAGUIRRE, cada socio tiende a asegurarse una posición conforme con sus intereses particulares, es decir, aportar lo menos y recibir el mayor beneficio. EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 58.

⁵¹⁹ Se ha planteado también el conflicto intereses que surge respecto de los deberes del administrador con respecto a los derechos individuales de los socios, como por ejemplo el conflicto entre el deber de secreto del administrador cuando entra en conflicto con el derecho de información del socio. En tales casos el concepto de interés social es a través del cual se debe llevar a cabo la ponderación de los intereses que colisionan en cada caso. Vid GARCÍA ÁLVAREZ, Belén. “El derecho de información del accionista y el deber de secreto de los administradores de la sociedad anónima: Un conflicto de intereses”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 426.

⁵²⁰ SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses...*, ob cit p. 58.; A ello se refiere también ESTEBAN VELASCO “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”. en *Responsabilidad social corporativa: aspectos jurídicos-económicos*, 2005. p.26, cuando señala que en dicha necesidad se ha basado parte de la doctrina “más atenta” para reclamar una dirección más largoplacista, expansionista o conservadora.

⁵²¹ Es decir, una reivindicación de la noción de *enterprise approach*, que toma su origen en las teoría de la empresa en sí -*Unternehmen am sich*- (JAEGUER Pier.Giusto *L’interesse sociale*. Milán: Giuffrè Editore, 1964. p. 15 y 20 y ss). ALONSO UREBA, “El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus códigos de conducta. En *El gobierno de las sociedades cotizadas*. 1999. p. 96

⁵²² ESTEBAN VELASCO *El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español* Madrid: Civitas, 1982. p.86 y ss.; SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses ...* ob cit p. 57 y ss.

⁵²³ Y que a la vez ha escondido una lucha histórica de clases sociales entre la nueva burguesía empresarial, y la antigua aristocracia terrateniente como detentadora de la propiedad del capital. GALGANO, *Las instituciones...* ob cit 124 y ss.

El conflicto surge cuando ambos intereses (interés social y legal) colisionan. Cuando el mandato legal es claro, nadie podrá pedir explicaciones al administrador pues éste es su primer deber, el cumplimiento de la ley. Por ello obsta decir que interés social no puede justificar el incumplimiento de las normas legales⁵²⁴. Una vez que la insolvencia es efectiva y se declara la situación de concurso, el conflicto queda resuelto por las normas concursales, y el interés social cede frente al interés concursal⁵²⁵ (artículo 43 LC) que se identifica con el interés de los acreedores concurrentes de ver satisfecho su crédito de la mejor manera posible⁵²⁶. La cuestión difícil se da en los casos fronterizos, cuando dicho deber (con respecto a los acreedores) no se encuentra de forma clara o expresamente recogida en una norma concreta, pudiendo dar lugar a distintas líneas de interpretación en un marco conflictivo en el que el interés de los acreedores entra en conflicto con el de los socios, es decir, cuando la obligación concursal, pese a ser pronta o previsible, aún no se ha generado por el mandato legal del artículo 2 de la LC, al no darse todavía una situación objetiva de insolvencia (presupuestos objetivos del concurso).

b) La inadecuación de la *lex societatis* en la tutela de los conflictos entre socios y acreedores

Desde una perspectiva más amplia, el conflicto de interés, típico de la relación crediticia entre socios y acreedores (y otros *stakeholders* en general), no encuentra una respuesta adecuada, al menos de forma completa, en el derecho de sociedades⁵²⁷, sino que precisa de acudir a otras ramas del ordenamiento que regulan directamente la relación jurídica de que se trate⁵²⁸. Desde una perspectiva contractualista, se ha dicho que el derecho de sociedades es aquel que se ocupa del estudio del contrato de sociedad como mecanismo que busca la más eficiente⁵²⁹ organización de los socios que acuerdan poner capital en común para su explotación, por lo que consiste esencialmente en normas de organización⁵³⁰ (relación entre los accionistas, protección de los minoritarios,

⁵²⁴ RIBAS FERRER, V. “Deberes...” ob cit. p. 81.

⁵²⁵ TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones sobre el concepto de “interés concursal” (ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”. *Anuario de Derecho Civil*, 2009, Fascículo III, p. 1062.

⁵²⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA. “Intereses de los socios e intereses del concurso durante la tramitación del proceso concursal”. En SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (coord.). *Convergencias y paralelismos en el derecho de sociedades y en el derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea: (III Seminario Harvard-Complutense de derecho de los negocios* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007. p.313 y ss.

⁵²⁷ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 280, refiriéndose concretamente a la coestión, indica que sin perjuicio de la protección que merecen los intereses de los trabajadores, no es ello objeto de atención del Derecho de sociedades. ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. “What is Corporate Law?” en AAVV *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p. 18; ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier “The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class” en AAVV *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, 2009, p 62 y ss.

⁵²⁸ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “Crisis económica y gobierno corporativo”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 287, 2013. p. 72. EIZAGUIRRE que la normativa societaria requiere superarla visión fragmentaria procedente de las diversas fuentes normativas, EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 5.

⁵²⁹ Desde la perspectiva del Análisis económico del derecho se refiere al estudio o al establecimiento de las normas atendiendo a criterios de eficiencia, ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas...” ob cit p. 5 “*el derecho de sociedades se ocupa de examinar que formas organizativas son más eficientes para permitir a los grupos de individuos cooperar*”.

⁵³⁰ En este sentido se habla de eficacia organizativa junto a la eficacia obligacional en PAZ-ARES, en URÍA Y MENÉNDEZ... ob cit capítulo 10; ALFARO ÁGUILA-REAL “Los juristas...”ob cit p. 5. Señala BISBAL, que, dado que la historia demuestra se produce un incremento del poder de los gestores frente a los socios, es necesario plantearse la necesidad de establecer mecanismos para robustecer los derechos de los socios, la transparencia y el

reducción de los costes de agencia, etc...)⁵³¹, lo que implica necesariamente una perspectiva *ad intra* (contractual). Frente a una tendencia contractualista en la doctrina⁵³² y en la jurisprudencia⁵³³, respecto a la configuración y concepción actual del derecho societario, se ha resucitado en los últimos años el debate⁵³⁴ acerca de la necesidad de ir abriéndose a una concepción más institucionalista que abogue por una mayor amplitud de los límites del derecho societario, o al menos por unos límites más difusos que permitan el juego de otros intereses socialmente relevantes (*stakeholders theory*⁵³⁵), y que se ha intentado articular a través de ideas como la gestión responsable o la responsabilidad social corporativa o empresarial (RSC/E)⁵³⁶.

Este debate, desde nuestra perspectiva, no se centra sólo en una cuestión de definición conceptual (de si el interés social ha de comprender otros intereses) sino

equilibrio de poderes, lo que supone un tratamiento encaminado a la disminución de los costes de agencia como objetivo del derecho de sociedades, BISBAL I MÉNDEZ, J. “El gobierno...” ob cit p. 1678-1679.

⁵³¹ Algunos autores consideran que el derecho de sociedades debe limitarse a rebajar los costes de organización (costes de transacción y de agencia) PAZ-ARES, “La Infracapitalización...” ob cit p.69 “*la función primordial que está llamado a jugar el derecho de sociedades no es una función directiva, sino una función facilitadora: rebajar los costes de agencia y en definitiva los costes de transacción que entorpecen o dificultan las soluciones de equilibrio en las interacciones que tienen lugar dentro de la empresa.*” Según PAZ-ARES esta función debe ejercerse a través de normas esencialmente dispositivas, permitiendo a los agentes a que a través del funcionamiento del mercado se organicen en función de sus propias necesidades a través de su autonomía, y donde toda intervención legislativa implica una serie de prejuicios en que incurre el legislador (paternalista, tecnocrático, político, etc...) PAZ-ARES, “¿Cómo entendemos...?” ob cit p.173 y ss. ALONSO UREBA critica esta perspectiva desde el estudio del gobierno societario (ALONSO UREBA “El Gobierno...” ob cit p. 103 y ss.) al considerar que dicha perspectiva contractualista es utilitarista al tratarse del camino de la autorregulación encauzada únicamente a la eficiencia como criterio valorativo exclusivo (ob cit p. 106). No obstante, me parece más interesante la reflexión que efectúa este autor cuando indica que la autorregulación adquiere su sentido en el ámbito del derecho anglosajón en un entorno jurídico de especial relevancia jurisprudencial y de escasa iniciativa legislativa estatal, donde es lógico que surjan formas de autorregulación, a diferencia del sistema continental europeo, donde el sistema de fuentes desarrolla una función conformadora de la sociedad a través del derecho (ob cit p. 103). Entiende ALONSO UREBA que esta perspectiva es incompatible con el estado social (ob cit p.105). También GONDRA realiza una profunda crítica a las teorías contractuales de la empresa, con base en que la eficiencia no puede conformarse como criterio sobre el que se deba construir el derecho. GONDRA, José María. “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (a propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la “eficiencia económica”)”. En *Revista de derecho mercantil*, 1997, nº 226, p. 1657 y ss. También en GONDRA “La Teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teóricos económicos” en *Revista de Derecho Mercantil* nº. 278, octubre-noviembre, 2010. p. 1171-1231” ob cit p. 1197 y ss. desarrolla la inadecuación del criterio de la eficiencia, y por tanto de la economía, como instrumento adecuado para la creación del derecho, sobre la base, entre otros argumentos, de que la inadecuación de la llamada economía del bienestar como una ciencia normativa -del deber ser- (ob cit p. 1206).

⁵³² La postura dominante es parte de la necesidad de admitir una determinada concepción contractualista de la sociedad (PAZ-ARES, Candido. “El gobierno...” ob cit p. 1806 y ss; ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente: una aproximación económica*. Madrid: Civitas, 1995 p. 22 y ss, SANCHEZ-CALERO GUILARTE “creación de valor...” ob cit p. 61 y ss y p. 99, BISBAL I MÉNDEZ, J. “El gobierno...” ob cit p. 1675 y ss, entre otros.) en el sentido de la consideración de la naturaleza contractual de la sociedad y donde el interés social entendido como interés de la sociedad no puede ser contrario al interés de los socios como partes integrantes del contrato societario.

⁵³³ Así lo indica la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 cuando dice: “*La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como “el interés común de los socios”* En la mayoría de las ocasiones los Tribunales han estimado el interés social como la suma de los intereses particulares de sus socios (MORILLAS JARILLO “El problema...” ob cit p. 123-124), y así se puede comprobar en innumerables sentencias STS 5-07-1986, STS 18-09-1998, STS 04-03-2000, STS 18-11-2002.

⁵³⁴ Debate que ha tenido su reflejo en el desarrollo parlamentario de los últimos años (vid. ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p. 23 y 24).

⁵³⁵ RUIZ MUÑOZ, “un apunte crítico...” ob cit p.157 en la nota 8 sintetiza las bases de dicha teoría según la cual la sociedad debe ser gestionada no solo en beneficio de los socios sino también de todos los individuos que se ven influidos o afectados como consecuencia de la actividad de la sociedad.

⁵³⁶ EMBID IRUJO, José Miguel. “Perfil jurídico de la Responsabilidad social corporativa”. En *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*. Valencia: 2004, nº12, p. 52-75; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor...” ob cit. 99 y ss.; RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p.155 y ss. Sobre los antecedentes vid.GONDRA “La Teoría contractual...” ob cit p.1172 y ss.

además de si es en el seno *lex societatis* desde donde debe partir la delimitación de los diferentes intereses dignos de protección en el seno de la empresa. Dicha cuestión se pone de manifiesto por la razón de que quienes apuestan una apertura pluralista del interés social lo hacen desde la fundamentación del interés social como interés empresarial (*enterprise approach*)⁵³⁷, y no de interés estrictamente social. Por nuestra parte tendemos a considerar la dificultad de dicha posición por el hecho de que la sociedad es el único centro de imputación de responsabilidad⁵³⁸, y el interés empresarial no deja de ser una cuestión extrasocietaria, y donde el deber de lealtad del administrador irá vinculado a la causa del contrato de sociedad, y por tanto al interés social⁵³⁹.

No obstante todo ello, la búsqueda de concretas soluciones a los conflictos de interés entre socios y *stakeholders* obliga a acudir a otras ramas específicas del derecho⁵⁴⁰. Así en los principios del derecho de obligaciones y contratos habrá de encontrarse la solución a los conflictos que emanan de la relación obligatoria. En otros casos en que la solvencia del deudor o la pluralidad de acreedores ponen en peligro el derecho de crédito habrá que acudir al derecho concursal. Por lo que respecta al interés de los trabajadores de la sociedad en crisis⁵⁴¹, éstos se beneficiarán de las normas concursales en tanto en cuanto estemos ante su condición de acreedor social. Cuestión distinta es lo referente a la dimensión laboral del conflicto, como pueda ser el problema del riesgo del puesto de trabajo, o de las medidas de salvamento adoptadas en los momentos difíciles. Si bien esa parte de la relación jurídica privada viene reservada por el ordenamiento al derecho laboral, ya se ha venido haciendo referencia a los trabajadores como titulares de un interés digno a tener en cuenta a la hora de tomar decisiones empresariales en situaciones de crisis, como se apuntan en algunas tendencias jurisprudenciales (e incluso legislativas⁵⁴²) sobre todo, de forma pionera en los tribunales anglosajones⁵⁴³, donde se han venido imponiendo la ponderación de intereses, incluyendo el interés de los trabajadores a la hora de tomar medidas de salvamento o de liquidación de una empresa en dificultades⁵⁴⁴. Esta perspectiva está claramente conectada con las tendencias institucionalistas de la sociedad en la medida en que se adopta un concepto de interés social, no sólo comprendido por el interés común de los socios, sino también el que comprende a otros grupos de interés (como sería el caso, no sólo de los trabajadores, sino incluso de acreedores, consumidores, o del propio interés general).

Defender la postura de la inclusión de otros grupos de interés en el concepto de interés social como fin de la actividad gestora, significa defender que el interés de los

⁵³⁷ BLUMBERG *The multinacional...* ob cit p. 120. GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad...* ob cit p. 31 y ss; ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 96; ARRIBA FERNANDEZ, *Derecho de Grupos...* ob cit p. 221-223.

⁵³⁸ EMBID IRUJO, *Introducción...* ob cit p 29 y ss; GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad...* ob cit p. 23, y también *La empresa de grupo...* ob cit p. 283.

⁵³⁹ RIBAS, V. “Artículo 226...” ob cit p.1625.

⁵⁴⁰ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “Crisis económica ...” ob cit. p. 72.

⁵⁴¹ GARCÍA ARCE María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*. Madrid: Trota, 2004. p. 101 y ss.

⁵⁴² Como es el caso de la *Company Act* 2006 (sobre todo en la *section 127*), el sistema de cogestión de la Aktiengesellschaft alemana, el Código portugués de sociedades mercantiles de 1986, o la ley austriaca de sociedades anónimas.

⁵⁴³ Destaca la jurisprudencia de donde se estima el interés de los trabajadores en la toma de decisión sobre el futuro de la compañía: *Welfab Engineers Ltd.* 1990, o *tb credit Lyonnais Bank Nederland N.V. v. Pathe Communications Corp.* 1991

⁵⁴⁴ GARCÍA ARCE María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*. Madrid: Trota, 2004. p. 41 y ss.

socios no se corresponde enteramente con el interés social sino que hay que tener en cuenta otros grupos de interés (*stakeholders*)⁵⁴⁵, lo que abre las puertas del derecho de sociedades a otras cuestiones más allá de la organización de los socios. Ello podría suponer que pueda existir un hipotético deber del administrador de tener en cuenta, en alguna medida, el interés de los acreedores en las toma de decisiones difíciles. Bajo esta posición institucionalista (frente a la contractualista) late la idea de sociedad como institución que trasciende más allá del contrato social, como elemento esencial de la estructura económica, del sistema financiero, del mercado de trabajo, etc... Un caso de manifestación legislativa que se ha venido utilizando como ejemplo de apertura a otros intereses es el sistema de cogestión de la *AktienGesellschaft* alemana (donde se regula en el sistema de representación colectiva de los trabajadores en el seno de los órganos sociales⁵⁴⁶, dando lugar a una difusa separación entre el derecho laboral y sindical)⁵⁴⁷, no obstante, en este último caso no se puede hablar de perspectiva pluralista sino meramente dualista (trabajadores-accionistas)⁵⁴⁸. Quizá el caso de artículo 172 de la *Company Act* inglesa (reciente modificación introducida en 2006) que obliga a tomar en consideración una serie de intereses plurales más allá del propio de los accionistas, se adecue más a esta nueva tendencia pluralista de apertura a otros intereses⁵⁴⁹.

El planteamiento de la cuestión desde la crisis empresarial centra la atención en la coordinación entre el derecho societario y el derecho concursal. La reforma del derecho concursal español del año 2003, se inspira en el principio de unidad de procedimiento, lo que rompe con la antigua tradición concursal que diferenciaba en virtud de la personalidad jurídica y del carácter mercantil del sujeto. Por ello, las especiales consecuencias jurídicas que puede plantear el concurso de la sociedad, ha sembrado la inquietud en algunos autores⁵⁵⁰ que inciden en la necesidad de conciliar las normas concursales y societarias. En el ámbito de las sociedades en situaciones de crisis o de proximidad a la insolvencia, antes de la declaración del concurso, se genera situación difícil en un ámbito fronterizo, que genera una colisión de interés entre acreedores y socios cuyo conflicto escapa tanto del ámbito societario como concursal. No obstante, no podemos olvidar, como más arriba se trató, que el derecho concursal puede desplegar sus efectos con anterioridad a la propia declaración del concurso, y por

⁵⁴⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA, plantea la hipótesis de un concepto amplio de interés social como fin de la actividad gestora, puede servir de fundamento justificador de la protección de los derechos de los acreedores en la proximidad a la insolvencia (MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de ...” ob cit p. 257).

⁵⁴⁶ KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades...* ob cit p.666 y ss. GARCÍA ARCE María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social...* ob cit p. 125 y ss.; sobre la evolución histórica de la norma vid. ESTEBAN VELASCO *El poder de decisión...* ob cit 672 p.

⁵⁴⁷ ULMER, Peter. *Principios...* ob cit p. 158-159, parece significativo como ULMER entiende la cogestión como fenómeno que implica u ULMER, Peter. *Principios...* ob cit p. 158-159,na irrupción del derecho de empresa en el derecho de sociedades.

⁵⁴⁸ A este respecto HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 279-280, pone de manifiesto el error que supone considerar la cogestión como elemento de competitividad de las sociedades en el mercado internacional, cuestión que por su naturaleza es ajena al derecho de sociedades. ARMOUR/HANSMANN/ KRAAKMAN ob cit p. 18; ENRIQUES/ HANSMANN/ KRAAKMAN ob cit , p 62 y ss

⁵⁴⁹ BACHNER, Thomas. *Creditor protection in Private Company*.Cambridge; Cambridge University Press, 2009. p. 236.

⁵⁵⁰ QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. “Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”. En *revista de derecho concursal y paraconcursal*. Madrid: La Ley, nº 9/ 2009, p. 24 y ss.; MUÑOZ PLANAS, José María; MUÑOZ PAREDES, José María. “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”. En *Revista de derecho mercantil*. Madrid: nº 250/2003, p.1342-1343.; MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad de la insolvencia” *Gobierno corporativo y crisis empresariales, Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil* (2. 2004). 2006, p.255. vid. también VICENT CHULIA, Francisco. “La responsabilidad de los administradores en el concurso”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. nº, p. 23 y ss.

tanto anticipar sus efectos a aquellos casos de riesgo, en que sea necesaria una protección de los acreedores en la proximidad a la insolvencia. Sin embargo, dichos efectos sólo estarán justificados cuando se produzca un perjuicio para la masa activa (acciones de reintegración), o en materia de responsabilidad del administrador negligente, cuando la sociedad termine siendo efectivamente insolvente.

C. CONFLICTO DE INTERESES EN LA SOCIEDAD AD INTRA.

a) El conflicto entre control y propiedad

La sociedad, como institución constituida por una pluralidad de socios que contratan para un fin común, se convierte en centro de colisión de intereses que trasciende a su configuración orgánica⁵⁵¹. Por otro lado está el conflicto entre control y propiedad (más acentuado en las grandes sociedades) que ya advirtieran BERLE y MEANS⁵⁵², denunciando el riesgo que se corría con la progresiva disociación de los inversores y quienes ejercían el gobierno de la *corporation* americana en el periodo de entre guerras. Dicha disociación en las grandes compañías cotizadas se ha mantenido e incluso acentuando hasta nuestros días⁵⁵³, que ha desembocado en una especialización del propietario-accionista como inversor y del órgano de administración como gestor profesional, dando lugar a una situación de desinterés del inversor por los asuntos de la empresa, con el consiguiente absentismo accionarial⁵⁵⁴, quedando la vigilancia de la buena gestión de la gran empresa en manos del mercado de control societario⁵⁵⁵. Este desinterés en el ejercicio de los derechos políticos del inversor es causado en parte por la complejidad en la toma de decisiones en las grandes compañías -dando lugar al surgimiento determinados servicios de asesoría (*Proxy advisors*) - y por otro lado consecuencia de la profesionalización del inversor (inversores institucionales) que participan con porcentajes poco significativos que buscan a la vez preservar la mayor liquidez posible y la diversificación del riesgo⁵⁵⁶.

En el seno de la junta general surge entre los propios socios un conflicto de interés inherente a la relación contractual que la configura⁵⁵⁷. La existencia de

⁵⁵¹ Sobre conflictos entre administrador y sociedad EMPARANZA, A. "Los conflictos de interés..." ob cit p. 148.; SERRANO CAÑAS. *El conflicto de intereses...* ob cit p.5 8 y ss.

⁵⁵² BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *Modern Corporation and private Property*. New York, 1932, donde defienden que la atomización y dispersión del capital y la separación entre la propiedad y la gestión suponen la pérdida del carácter privado de las grandes compañías.

⁵⁵³ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 61 sobre todo en las compañías estadounidenses por tener una mayor dispersión del capital en relación a las sociedades europeas, lo que ha conducido al derecho de sociedades hacia la investigación de la alineación de intereses.

⁵⁵⁴ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. "Crisis económica..." ob cit. p.66.

⁵⁵⁵ RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit p. 22.

⁵⁵⁶ En la búsqueda de elevados índices de liquidez suelen impedir a sus gestoras diseñar estrategias de inversión a largo plazo, o involucrarse en procesos de toma de decisiones (Documento elaborado por Grupo de Expertos para evaluar la actividad de los *Proxy Advisors* en relación con los emisores españoles, de 16 de Abril de 2012).

⁵⁵⁷ SERRANO CAÑAS se refiere a la existencia de dos nociones en torno al concepto de conflicto de interés, uno estricto -relativo a la existencia de una patente incompatibilidad--, y otro más amplio relativo a aquellas situaciones de riesgo de infracción -sujeta a su efectiva verificación- (SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses* ... ob cit p.78-79).

desequilibrios en las relaciones entre socios⁵⁵⁸, surge como consecuencia de la concentración del poder⁵⁵⁹. La acumulación de capital -votos en manos de unos pocos accionistas- es susceptible de generar abusos en el seno de la sociedad en perjuicio de los accionistas minoritarios⁵⁶⁰. Pero ésta es sólo una dimensión más del conflicto entre control y propiedad⁵⁶¹, que se traduce en la colisión de intereses entre los accionistas de control (*insiders*) y los accionistas externos (*outsiders*)⁵⁶². El choque de intereses trasciende al propio órgano de administración que es el auténtico órgano ejecutivo, y por tanto controlador directo, dando lugar a una dimensión orgánica del conflicto, entre los intereses de los accionistas y los intereses de los administradores que gestionan y representan la sociedad⁵⁶³. Pese a que el administrador está sujeto a los deberes fiduciarios (y especialmente de fidelidad al interés social y lealtad, lo que indica un deber de abstención en casos de colisión de conflicto)⁵⁶⁴, en el plano fáctico, la divergencia de intereses ha generado graves perjuicios en la práctica para las sociedades y sus accionistas, lo que ha centrado la atención del derecho societario en la cuestión del buen gobierno empresarial. Este es el ámbito económico se ha llamado problema de los costes de agencia⁵⁶⁵ inherentes a toda relación de intermediación, donde una de las preocupaciones de la doctrina societaria ha sido la de la búsqueda de los mecanismos que minimicen dichos costes a través de la alineación de intereses⁵⁶⁶.

El desarrollo legislativo de la sociedad a lo largo del pasado siglo fue desarrollándose mediante el estableciendo mecanismos de tutela del accionista a través de normas imperativas⁵⁶⁷ que han venido a establecer, entre otras, determinadas normas de protección de los accionistas frente al control de la propiedad⁵⁶⁸. Una manifestación

⁵⁵⁸ No se está haciendo referencia aquí al conflicto de intereses que pueda tener un socio en particular con la persona jurídica-sociedad, para cuyo caso la ley prevé determinados mecanismos. Así por ejemplo el art. 190 de la LSC, respecto de la limitación del derecho de voto.

⁵⁵⁹ HOPT, Klaus *J Estudios de derecho...* ob cit p. 61, pone de manifiesto que el problema a resolver no es tanto el conflicto entre el accionista y el consejo, sino entre accionistas mayoritarios y minoritarios.

⁵⁶⁰ Este es uno de los aspectos en que ha puesto mayor acento la Comisión de Expertos sobre buen gobierno de las sociedades en España publicado como Orden ECC/895/2013 de 21 de mayo, sobre la necesidad de una mayor protección de las minorías frente a las situaciones de abuso.

⁵⁶¹ Este conflicto hace referencia RATHENAU en la formulación de su teoría *Unternehmen an sich*. Para ello diferencia entre accionistas especuladores, como aquellos minoritarios que sólo buscan el interés egoísta del incremento del precio de sus acciones, frente al accionista empresarial que es que controla a la sociedad y cuyo interés es la empresa en sí y no el precio de la acción (JAEGUER Pier.Giusto *L'interesse...* ob cit. p. 22 y ss, y ob cit. p.35 y ss. SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses ...* ob cit p. 58.; RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico sobre la responsabilidad social corporativa”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº38, 2012, p. 185 y ss, donde indica que esta fórmula perseguía en principio solventar los conflictos de interés en la gran empresa entre los distintos tipos de accionistas para lo que se crea un interés superior a todos, cuya gestión se niega a la junta y se confiere al órgano de administración. Tb. FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad del derecho de sociedades*. Zaragoza: Pórtico, 1977, p. 57.

⁵⁶² PAZ-ARES “La responsabilidad...” ob cit p. 67.

⁵⁶³ ESTEBAN VELASCO G. “Artículo 209...” ob cit. p. 1481 y ss.

⁵⁶⁴ Antiguo artículo 127 ter. 3º, lo que implica la prohibición de perseguir intereses propios distintos del interés social (QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús; MAMBRILLA RIVERA, Vicente, “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”. En RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (coord.) *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*. Vol. 2, 2006. p.963). Artículos 228-230 de la Ley de sociedades de capital, EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 157 y ss.

⁵⁶⁵ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 626 y 656-657, y 658 y ss., como una manifestación del riesgo moral (*moral hazard*). ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 150, como costes inevitables en la relación contractual inherente a la empresa.

⁵⁶⁶ PAZ-ARES “La responsabilidad...” ob cit p. 68.

⁵⁶⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. (La tutela de la minoría...ob cit. p. 20 y ss.*

⁵⁶⁸ Como indica GONDRA, mientras en el derecho continental se ha ido desarrollando la tutela del accionista minoritario a través de medidas legislativas imperativas, en el derecho estadounidense se caminaba en dirección contraria, protección del inversor encauzada a través del mercado mediante la libertad de elección que se desencadenó con la carrera de algunos estados federales más pequeños (*efecto Delaware*) para atraer la domiciliación

más del conflicto entre control y propiedad se traduce también en el potencial conflicto entre el administrador y la sociedad. La Ley de Sociedades de Capital ha ampliado la regulación de los deberes de los administradores en orden a tutelar este tipo de conflictos, y así el artículo 230 LSC, que prohíbe la competencia del administrador con la sociedad, impide el ejercicio del mismo género actividad⁵⁶⁹; y el 228 LSC prohíbe aprovechar oportunidades de negocio en perjuicio de la sociedad⁵⁷⁰; además de la imposición de determinados deberes de comunicación en caso de conflicto de interés a los demás administradores o, en caso de ser el único, a la Junta⁵⁷¹. Los tres mecanismos principales que ofrece nuestro derecho de sociedades de que disponen los accionistas para controlar la actuación de los administradores consisten en: (i) la exigencia de responsabilidad (acción social e individual, en art. 236 y ss LSC), (ii) la impugnación de acuerdos contrarios al interés social (art. 251 LSC), (iii) y el propio mecanismo de nombramiento del administrador (art. 214 LSC). Esta última competencia atribuida a la junta general, sirve para explicar la conexión directa entre el administrador y el socio de control que le nombra y da legitimidad a su cargo, lo que va a determinar el grado de autonomía decisoria e independencia del órgano, que por tanto, irá en función de la desconcentración del capital. Las diferentes dimensiones o perspectivas del conflicto de intereses (esencialmente control-propiedad) dentro de la sociedad, dependerán de su concreta estructura de capital. En las compañías de poder concentrado estaremos ante un conflicto entre accionistas, ya que existirá una tendencia a identificar al accionista de control (generalmente mayoritario) con el órgano de administración, bien por ser el mismo, bien por ser elegido de forma directa, lo que implica una mayor dependencia del administrador y su sometimiento a determinadas directrices⁵⁷². En cambio, en las compañías de capital disperso, el peso específico de cada centro de poder en el seno de la junta general es menor, lo que determina mayores posibilidades de alineación de intereses, y por tanto, lo que se suele traducir en una mayor autonomía del órgano de administración, pues menor es su dependencia de los socios de control. Por tanto, la divergencia de intereses tiene diferentes manifestaciones, en función de la tipología o características de la sociedad, y cuya solución pasa por la defensa del pequeño accionista en unos casos, y la alineación de intereses entre el órgano de administración y la sociedad en otros.

La ausencia de una solución completa y satisfactoria en las normas imperativas de los ordenamientos jurídico-societario en el derecho continental⁵⁷³, dio paso a la búsqueda de nuevos caminos importados del derecho anglosajón a través de la

de las sociedades a cambio de un marco legislativo desregularizado y liberal. (GONDRA "La teoría contractual..." ob cit p. 116-117). SANCHEZ DE ANDRÉS, ANIBAL. *Sociedad anónima "modelo 1998": reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*. McGraw-Hill. Interamericana de España, 1999. 189 p.

⁵⁶⁹ El objetivo de la norma es impedir que mantenga un comportamiento competitivo con la sociedad que supone un escenario óptimo para perjudicar el interés social (EMPARANZA. "Los conflictos de interés..." ob cit p. 168).

⁵⁷⁰ EMPARANZA. "Los conflictos de interés..." ob cit p. 158, el perjuicio está en conseguir para sí un beneficio de operaciones o inversiones sustraídos a la sociedad.

⁵⁷¹ Este deber es un mecanismo preventivo a través del cual se persigue que la sociedad esté al corriente de eventuales situaciones potenciales de conflicto de interés (EMPARANZA. "Los conflictos de interés..." ob cit p. 160-161).

⁵⁷² Ello incluso puede suponer el traslado del poder efectivo de un consejo débil a los directivos y ejecutivos de la compañía. Como señala SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE "...esa estructura de propiedad (atomizada o concentrada) traslada sus efectos directamente al control de los accionistas sobre los administradores. Mientras que la falta de control por la propiedad desplaza el poder a los ejecutivos que dominan un débil Consejo de Administración y se benefician de la pasividad de los accionistas...", en SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE "Creación..." ob cit p.54-55

⁵⁷³ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. "Crisis económica..." ob cit p. 66 y ss. donde indica como el derecho societario no supo reaccionar adecuadamente frente a la separación entre el control y el capital en la sociedad.

autorregulación⁵⁷⁴. La tutela del accionista y la alineación de intereses en conflicto con el órgano de administración se ha venido articulando a través de la asunción de determinados principios de adopción voluntaria llamados “de buen gobierno” por parte de los administradores, frente a la insuficiencia del derecho positivo⁵⁷⁵. El incipiente movimiento de *corporate governance* iniciado en la segunda mitad del siglo XX, impulsado en respuesta a varios casos de crisis empresariales⁵⁷⁶, ha dado lugar a la masiva elaboración de informes o planes de buen gobierno encaminados a la actuación de los consejos de administración, generalmente en el ámbito de sociedades cotizadas, sobre la base de los principios de transparencia y autorregulación, revestido en ocasiones como “buenas prácticas” de gobierno sobre la base de la ética empresarial⁵⁷⁷. La promoción por parte de los gobiernos y organismos públicos, y la asunción voluntaria y masiva por parte de las grandes compañías -como mecanismo de creación de valor⁵⁷⁸-, hacen del *corporate governance* el principal mecanismo de protección del inversor externo, y con ello, de salvaguarda del accionista y de reducción de determinados costes derivados de la divergencia de intereses.

b) El interés de la mayoría frente al interés social

La determinación de la voluntad de la junta se lleva a cabo por el principio de mayoría, lo que nos lleva al planteamiento de la cuestión de si el interés de la mayoría de la sociedad determinada a través de la junta equivale al interés social. Si consideramos que la autonomía de la voluntad de los socios en la elaboración de los estatutos (artículo 28 LSC) tiene como límite la ley y los principios configuradores de la sociedad anónima (por ejemplo, el interés social), y los acuerdos de la junta (artículo 204 LSC) o del consejo de administración (artículo 251 LSC), tiene como límite, igualmente a la ley y al interés social⁵⁷⁹, fácilmente se deduce que la decisión de la mayoría puede resultar contrario al interés social, y por tanto ser susceptibles de impugnación pese a representar el interés de dicha mayoría⁵⁸⁰. Si por acuerdo de la mayoría se puede lesionar el interés social, podemos decir que interés social e interés de la mayoría pueden entrar en conflicto y por tanto negar la coincidencia de ambos conceptos. En este sentido el Estudio de 14 octubre de 2013 de la Comisión de expertos

⁵⁷⁴ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 99. Resulta interesante la anotación que hace este autor cuando indica que desregulación no equivale a ausencia de norma, sino a predominio de creación jurisprudencial frente a la tipificación legislativa propio del sistema continental europeo (ob cit p.113)

⁵⁷⁵ SANCHEZ-CALERO, F. *Los administradores...*, ob cit p.681

⁵⁷⁶ Respecto a la existencia de una estrecha relación entre desarrollo de gobierno corporativo y crisis económica vid. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “Crisis económica...” ob cit. p. 65 y ss.

⁵⁷⁷ Indica RUIZ MUÑOZ (siguiendo a GERMAIN, M. “*Morale et droit des affaires*”) el cinismo que supone hablar de buenas intenciones y de ética en el ámbito del Gobierno corporativo. RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p.156. Se refiere RUIZ MUÑOZ a la inadecuación de la moral y la ética en el ámbito de los negocios (“*fusión imposible entre la ética y el marketing*” ob cit p. 160), esencialmente porque lo propio de la moral es el desinterés. En este sentido ya escribió FRIEDMAN “¿qué significa decir que los negocios tienen responsabilidades? solo las personas pueden tener responsabilidades” FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32.

⁵⁷⁸ Respecto de la creación de valor mediante las estrategias de gobierno corporativo en la experiencia española vid. PAZ-ARES “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” en *Revista de Derecho Mercantil*. 2004, Nº 251. p. 11 y ss.

⁵⁷⁹ ESTEBAN VELASCO, G. “Capítulo IV...” ob cit. p. 1685; EMPARANZA. “Los conflictos de interés...” ob cit p. 151-152, MORILLAS JARILLO, MJ. “El problema de la determinación ... ob cit p. 93.

⁵⁸⁰ ARROYO, I. “Interés social c/ Interés de la mayoría”. En AAVV *Las sociedades comerciales*. Madrid: p 700 y 712. “proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios”

en materia de Gobierno Corporativo⁵⁸¹, en materia de impugnación de acuerdos, ahonda en la necesidad de ampliar la tutela del interés social y de la protección de los derechos de las minorías *"en la lucha contra prácticas societarias que constituyen abusos flagrantes"*.

La Jurisprudencia ha consagrado el interés general de la sociedad por encima del interés particular de sus socios⁵⁸². Ello implica necesariamente el interés social por encima del interés de la mayoría cuando sea abusivo para los minoritarios⁵⁸³ y por tanto contrario al interés general de la sociedad. Así, la Sentencia 873/2011, de 7 de diciembre, dice que: *"los acuerdos de la mayoría que no persiguen razonablemente el interés del conjunto de los accionistas desde la perspectiva contractual, ni los de la sociedad, desde la perspectiva institucional, y perjudican a los minoritarios, revelándose abusivos -tanto si se califica el ejercicio del voto como abuso de derecho, como si se entiende que constituye un abuso de poder- deben entenderse contrarios a los intereses de la sociedad, cuyo regular funcionamiento exige también el respeto razonable de los intereses de la minoría"*⁵⁸⁴. Por tanto, si bien el principio de mayoría es el medio más idóneo para la adopción de decisiones por parte de la junta de accionistas, dicho procedimiento es un medio pero no un fin en sí mismo, es decir, el interés de la mayoría es el medio a través del cual se debe perseguir o determinar a priori el interés social, pero sin perjuicio de su anulación en caso de que no se persiga realmente dicho fin⁵⁸⁵ (por ejemplo cuando sea abusivo para los derechos de las minorías). En este mismo sentido se ha orientado el estudio de la comisión de expertos sobre el estudio del gobierno corporativo⁵⁸⁶ cuando indica que el interés social incluye también el del socio minoritario amenazado por el interés del socio mayoritario, reclamando la necesidad de una intensificación y ampliación de la tutela del interés social y de la protección e los derechos de la minoría frente a los acuerdos lesivos y practicas societarias que constituyen abusos flagrantes frente a la minoría⁵⁸⁷.

La cuestión a indagar se refiere a si el fundamento de ese límite es el derecho protector de los propios socios (accionistas minoritarios, externos o desamparados ante la fuerza de la mayoría) entendiendo interés social como interés de los socios en su conjunto, o si además puede extenderse a otros grupos de interés o a otros principios

⁵⁸¹ Comisión de Expertos para la elaboración de un estudio de la situación del buen gobierno de las sociedades en España publicado como Orden ECC/895/2013 de 21 de mayo.

⁵⁸² Así la Sentencia 172/2003, de 20 de febrero, afirma que *"[l]as sentencias del Tribunal Supremo de 1 de julio de 1961 y 25 de enero de 1968, en relación al artículo 115 de la Ley de Sociedades Anónimas, declaran que se habla de lesión de los intereses de la sociedad y no de los intereses del accionista en particular y que el procedimiento regulado en este artículo y siguientes está establecido para ventilar en el mismo los intereses generales de la sociedad y no los intereses particulares contrarios a la misma"*. En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Supremo 186/2006, de 7 marzo, se dice que *"los intereses lesionados no han de ser los de los socios en particular, sino los de la sociedad"* y en la sentencia 377/2007, de 29 de marzo, que *"la acción impugnatoria prevista en el artículo 115.1 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la lesión de los intereses de la sociedad, y no los del accionista en particular"*.

⁵⁸³ La Sentencia 1086/2002, de 18 de noviembre, se refiere a la *"proyección consecuente a la defensa de los participantes minoritarios"*.

⁵⁸⁴ En el mismo sentido las Sentencias del TS de 10 de febrero de 1.992, 1136/2008, de 10 de diciembre, y 770/2011, de 10 de noviembre, entre otras muchas.

⁵⁸⁵ Según ARROYO, I. "Interés social..." ob cit p.701. el interés social se configura como un principio rector que limita la libertad de los socios.

⁵⁸⁶ Comisión de Expertos sobre buen gobierno de las sociedades en España publicado como Orden ECC/895/2013 de 21 de mayo, que respecto del interés social manifiesta: *"incluye también el interés del socio común o del común de los socios, frecuentemente amenazado por el interés del socio mayoritario"*.

⁵⁸⁷ En tal sentido la Comisión propone una rebaja de los umbrales de la LSC de legitimación de los socios minoritarios para la impugnación de acuerdos lesivos, rebajando el 5% del capital actual necesario al 1% en general para las sociedades ordinarias, y respecto de las sociedades cotizadas rebajar del 1% actual al 0,1 %.

más generales, teniendo en cuenta su importante función en la ordenación económica general. A todo ello se suma el hecho de la existencia de accionistas sin derechos políticos (acciones privilegiadas, sin voto) cuyo interés no está representado en la votación, pero que puede ser contrario a la mayoría.

La conclusión que se extrae es que si el interés social no es necesariamente el interés de la mayoría, tampoco coincide con el interés individual o particular del socio⁵⁸⁸, por lo que, por un lado tendremos que afirmar que el interés social está por encima tanto del socio (individualmente considerado) como de la mayoría, y por otro, que los intereses de los socios externos no son necesariamente coincidentes. Uno de los principales criterios diferenciadores de los accionistas es la distinta aversión al riesgo que uno u otros puedan tener⁵⁸⁹. La condición de inversor lleva aparejada un riesgo implícito cuya aversión puede depender de la dimensión y variedad de la cartera de su cartera y del resto de su patrimonio personal. Otro criterio diferenciador es el que depende del tiempo que los distintos accionistas estén dispuestos a conservar su cartera, ya que no suscribirá los mismos acuerdos aquel socio que quiera realizar el valor de su cartera a corto plazo, que aquel que busque una rentabilidad *largoplacista*.

Esta pluralidad de conflictos de intereses en el seno de la junta de accionistas, implica que el interés social no es una cosa única, sino determinable por una pluralidad interés común⁵⁹⁰ que admite diversos criterios interpretativos, lo que ha dado pie a hablar de pluralidad de perspectivas, que requiere un cierto margen de autonomía de actuación del administrador, que es el encargado de perseguir y proteger el interés social⁵⁹¹, y en cierto sentido de integrar su contenido, en su labor gestora.

c) Accionistas actuales e inversores futuros

Se ha planteado también la distinción entre accionistas actuales y futuros⁵⁹², como titulares de dos intereses distintos susceptibles de colisión. La cuestión es interesante desde el punto de vista de que una protección al accionista futuro puede plantearse como expresión de la protección del inversor en general, y por tanto como interés que trasciende al propio individuo en beneficio y seguridad del sistema financiero. Un criterio de maximización de valor cortoplacista (*shareholder value*) que puede inflar el valor de la realización inminente de la acción, puede resultar lesiva a largo plazo para el inversor futuro, como manifestación de la permanencia y conservación de la sociedad.

3. El gobierno corporativo como mecanismo de alineación de intereses

⁵⁸⁸ Sentencia del Tribunal Supremo 186/2006, de 7 marzo, sentencia 377/2007, de 29 de marzo, entre otras muchas.

⁵⁸⁹ RAPPAPORT, *La creación de valor para el accionista: una guía para inversores y directivos*. Bilbao: Deusto, 1998, p. 23 y ss.

⁵⁹⁰ Así lo dice Jurisprudencia mayoritaria, entre otras, la más reciente Sentencia TS 1686/2012 de 17 de enero,

⁵⁹¹ Tal y como señala ESTEBAN VELASCO, G. “interés social...” ob cit. p. 25-26.

⁵⁹² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación...” ob cit p. 32, señala la conexión del accionista futuro con la figura del inversor.

A. GOBIERNO CORPORATIVO COMO REMEDIO AL CONFLICTO ENTRE CONTROL Y PROPIEDAD.

La preocupación por el buen gobierno de las empresas, como decíamos, se ha intensificado en las últimas décadas fruto, entre otros factores, de los problemas que se han ocasionado en la práctica empresarial por la disociación entre poder y propiedad⁵⁹³, por el clamor de diversos sectores frente a las crisis empresariales⁵⁹⁴, en un sistema donde el accionista, pese a ser el auténtico motor del sistema financiero de las empresa, ha salido perjudicado frente a los excesos de poder en las cúpulas directivas de las compañías. Las técnicas de buen gobierno⁵⁹⁵ tratan de diseñar los mecanismos idóneos encaminados a reducir los costes derivados de la divergencia de intereses⁵⁹⁶, generalmente a través de la asunción voluntaria (*soft law*) de unos códigos de conducta dirigidos al buen gobierno de las sociedades. El objetivo tiende a garantizar los derechos de los accionistas, como incentivo a la inversión en las compañías, lo que supone la disminución del coste de capital, constituyéndose en un estímulo de la confianza del inversor, y con ello en un incremento el valor de la empresa⁵⁹⁷.

a) Marco histórico en el que se surge el Corporate Governance

Pese a que el gobierno de las sociedades ha sido una cuestión que ha preocupado siempre a la doctrina, y que ha generado debates que traen ya un largo recorrido, no es hasta el último tercio del siglo XX cuando se produce el desarrollo normativo a través de los primeros códigos de conducta en lo que se conoce con el término anglosajón *Corporate Governance*, con el impulso de las teorías del *economics and law* y sobre un marco jurídico basado en la desregulación y el *soft law*⁵⁹⁸. Los primeros debates acerca de la cuestión del gobierno de las empresas surgen en los años treinta a raíz de la polémica suscitada con el fenómeno generalizado en las empresas americanas relativo a la separación entre control y propiedad impulsado por los trabajos de BERLE y MEANS⁵⁹⁹, que denunciaban la problemática de la ineficiente y exorbitada concentración de poder en manos de los gestores desvinculado a la propiedad, y como respuesta a los problemas de falta de instrumentos adecuados para la tutela de los derechos de los accionistas en las grandes corporaciones. En el transcurso del siglo pasado, mientras las legislaciones europeas tenderán a la tutela del accionista través del derecho imperativo, en los Estados Unidos de América se seguirá un camino de signo contrario a través de un proceso de producción legislativa basado en la

⁵⁹³ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. “Crisis económica...” ob cit p. 64 y ss; ALONSO UREBA, “El Gobierno...” ob cit p. 96 y ss.

⁵⁹⁴ Escándalos financieros de grandes empresas cotizadas: Guniex, Maxwell, Enron, Worldcom, etc...

⁵⁹⁵ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p.122 indica que el buen gobierno se refiere a la organización interna, a la estructura del poder, al funcionamiento del órgano de administración, a la estructura de la propiedad y a la relación entre los accionistas.

⁵⁹⁶ PAZ-ARES “La responsabilidad...” ob cit. p. 67.

⁵⁹⁷ El gobierno corporativo como instrumento de creación de valor PAZ-ARES “El gobierno...” ob cit. p. 26 y ss.

⁵⁹⁸ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p.156; GONDRA, “La Teoría contractual...” ob cit p. 1175.

⁵⁹⁹ Esencialmente BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *Modern Corporation and private Property*. New York, 1932.

autoregulación⁶⁰⁰, en una carrera en la cual los estados federales rivalizarán por establecer el derecho más tolerante y liberal para atraerse la domiciliación del mayor número de compañías⁶⁰¹. En la década de los 70 empiezan a fraguar nuevas teorías económicas de corte neoliberal⁶⁰² y que despliega sus efectos en una nueva teoría económica de la sociedad⁶⁰³ que se inspira en una nueva concepción del derecho privado *-economics and law*⁶⁰⁴ - que, desde América, se extenderá rápidamente por la Europa continental y que va a suponer una brecha en la dogmática jurídica tradicional⁶⁰⁵.

Este nuevo cambio de paradigma en el proceso de producción legislativa en materia de buen gobierno, de carácter desregulador, que si bien tuvo un lógico buen encaje el *common law system*, en cambio supone una ruptura en el modelo continental. No obstante, el fenómeno es que en Europa se empieza a imitar la elaboración de códigos de conducta y a incorporar la adopción de estos códigos –a veces con cierto contenido ético y a modo de recomendaciones, buenas prácticas, normas blandas⁶⁰⁶- como mecanismo de buen gobierno. El contenido de estos códigos en la mayoría de las ocasiones se basa en una interpretación contractual de la empresa, adoptando la regla de la creación de valor⁶⁰⁷ para el accionista (*shareholder value*) como criterio a seguir en la búsqueda del objetivo empresarial⁶⁰⁸. Frente a esta postura (solución financiera) reaccionan los sectores más reticentes a la perspectiva contractualista en favor de una interpretación que no deje de lado el estado social, y la función social de la propiedad⁶⁰⁹, y se retoma el debate del fin social de la empresa y del interés social.

En la Europa de los 70 y principios de los 80, Alemania Occidental experimenta un giro de gobierno, hacia la vertiente socialdemócrata, dando paso al debate del estado social⁶¹⁰. Se reabre el debate en materia societaria esencialmente en tres áreas: la

⁶⁰⁰ GONDRA “Teoría contractual...” ob cit p.1173, indica como esta curiosa forma de producción legislativa responde a una carrera en busca de la laxitud del derecho, en la búsqueda del derecho más eficiente, que sería el más tolerante y liberal.

⁶⁰¹ Sobre todo los estados más pequeños como el estado de New York, New Jersey, o Delaware (quien da nombre a este curioso fenómeno desregulador en busca de la domiciliación de las compañías como *efecto Delaware*). ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p. 116 y ss. ; GONDRA “Teoría contractual...” ob cit p.1173. SANCHEZ DE ANDRÉS, A. *Sociedad anónima*... 189 p.

⁶⁰² Esencialmente las teorías monetaristas de la escuela de Chicago, o el Grupo de Cambridge(desarrollo de las nuevas teorías económicas con importantes aportes de economistas como WICKESSELL, LERNER, FISCHER, FRIEDMAN, etc...).

⁶⁰³ FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32-33 pone de manifiesto la tesis contractualista como perspectiva en el gobierno de las empresas

⁶⁰⁴ Que se desarrolla inicialmente en el trabajo de POSNER, *Economics and Law* (traducido POSNER, *Análisis...* ob cit), tomando como base conceptos de eficiencia de COASE.

⁶⁰⁵ En nuestro país ejerce gran influencia en importantes autores como PAZ-ARES, BISBAL, ALFARO por citar algunos. Entre los más escépticos con esta nueva visión del derecho privado autores como ALONSO UREBA, EMBID IRUJO, ESTEBAN VELASCO, mantienen una posición más crítica frente a la eficiencia como criterio sobre el que construir el derecho que se muestran más próximos a la dogmática jurídica tradicional (sobre todo GONDRA que realiza un profundo análisis de las teorías del Análisis económico del derecho desde una posición crítica en varias obras, esencialmente en: GONDRA “Teoría contractual...” ob cit. y GONDRA “¿Tiene sentido ...” ob cit.).

⁶⁰⁶ RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p. 156.

⁶⁰⁷ Donde el interés social se constituye como instrumento de integración del contrato de sociedad, RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p. 185.

⁶⁰⁸ Indica SANCHEZ CALERO GUILARTE, la evidente conexión del gobierno corporativo con el interés social, dado que el interés social es el principio rector de la gestión por lo que los trabajos en materia de buen gobierno siempre han tenido que adoptar la cuestión problemática de la determinación del interés social. (SANCHEZ CALERO GUILARTE “Crisis económica...” ob cit p. 68).

⁶⁰⁹ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 105 y ss.

⁶¹⁰ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 96 y 97 respecto del cuestionamiento que se hace acerca del “modelo de sociedad occidental”.

cogestión, el interés social y la estructura del consejo de administración⁶¹¹. Este impulso al debate en el derecho de sociedades se refrena en los años 80 con el triunfo del neoliberalismo en algunos Estados de Europa (Tories en Reino Unido, vuelta de los conservadores a Alemania) y EEUU (*administración Reagan*), como consecuencia de la insuficiencia (o del fracaso) de las políticas keynesianas a la hora de combatir la crisis de los setenta (*crisis del petróleo de 1973*). Todo ello conllevará una tendencia hacia la desregularización, que en materia societaria se traducirá en un impulso a la regulación convencional, y que actuará como caldo de cultivo del desarrollo del gobierno corporativo. En este contexto surgen los primeros códigos éticos de conducta en los sistemas anglosajones (*ALI, ABA, Cadbury, Greenbury, etc.*).

La oleada de escándalos financieros de principios de los noventa, relativa a los abusos de los directivos de las compañías (Guinness, Maxwell, también en España Banesto, etc.)⁶¹² abrió el debate en torno a la estructura del gobierno de las sociedades cotizadas, y cuya principal intención era sentar las bases para la configuración de un consejo de administración que ejerciese un efectivo control de los directivos de la compañía, y que se adaptara a un código ético de actuación. Se trata de poner a disposición de las empresas, un conjunto de normas y directrices de carácter voluntario (*soft law*), a través de mecanismos diseñados en el marco del derecho angloamericano, que en materia societaria es especialmente divergente y dispositivo⁶¹³.

b) Los códigos de buen gobierno

Son varios los códigos de gobierno que surgen en EEUU en el seno de prestigiosas asociaciones de juristas (*American Bar Association de 1994, American Law Institute 1994, etc.*), pero el más influyente surge en el Reino Unido conocido como informe Cadbury de 1992 en el terreno de las recomendaciones voluntarias⁶¹⁴ (*code of best practice*). A partir de aquí se empieza un periodo de elaboración de códigos de buen gobierno en la mayoría de los países del continente. Pero la asunción del gobierno corporativo en Europa no se desarrolla igual en todos los Estados, ni de acuerdo a los mismos principios. Así en el caso de Alemania o Italia se afrontará la reforma del

⁶¹¹ ALONSO UREBA, "El gobierno...". ob cit. p 96.

⁶¹² Existe una estrecha relación entre el desarrollo del *corporate governance* y las crisis empresariales, en el sentido de que han sido los grandes escándalos financieros de importantes compañías, que han resultado gravemente perjudiciales para los inversores, las que han dado lugar al desarrollo de áquel. En este sentido, se hace referencia expresa en el Informe Aldama "...los errores estratégicos de las empresas que han aumentado exageradamente su nivel de endeudamiento o infravalorado los riesgos de sus operaciones, y las actuaciones inapropiadas de determinadas empresas, incluidas prácticas contables que han distorsionado, a veces gravemente, la percepción de la situación..."). No obstante, ni en el desarrollo del gobierno corporativo, ni sus códigos de conducta, se ha profundizado concretamente en el buen gobierno empresarial en situaciones de dificultad empresarial o crisis, sino más bien, en el patrón de buena conducta en general que evite los abusos que han desembocado en la quiebra de grandes compañías. Sobre la relación entre crisis económica y el desarrollo del Gobierno corporativo vid. SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, J. "Crisis económica..." ob cit p. 65.

⁶¹³ VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. "El gobierno de las sociedades cotizadas (*corporate governance*) en España: el Informe Olivencia" en AAVV. *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*. Vol. III. McGraw Hill. Madrid: 2002, p.3008 y 3012. ALONSO UREBA, "El gobierno...". ob cit. p 103.

⁶¹⁴ VELASCO SAN PEDRO, "El gobierno..." ob cit p.3004.

gobierno de las sociedades por vía legislativa (KonTraG de 1998)⁶¹⁵, frente a la tendencia desreguladora que inspira el proceso en un primer momento.

En España, se abre como consecuencia de los procesos de privatización de grandes compañías (Telefónica, Repsol, Argentaria) que implican un modificación esencial del mercado de capitales, abriendo un periodo de encaminada a la creación de grandes empresas y desconcentración del capital⁶¹⁶. El Informe Olivencia de 1998 es el primer Código de gobierno español para sociedades cotizadas, basándose en la autorregulación, interés social basado en la creación de valor para el accionista, y un sistema monista de órgano de administración⁶¹⁷.

Pero la tendencia de inspiración liberal orientada a la autorregulación, se muestra ineficaz e insuficiente para afrontar numerosos problemas que se ponen de manifiesto con una segunda oleada de escándalos financieros que tienen lugar a finales de los noventa y principios del nuevo siglo (ENRON, Worldcom, etc.). Con ello se da a una reacción legislativa por parte de los Estados, incluidos los anglosajones (*Sarbanes Oxley* de 2002, *TransPuG* de 2002, Ley de Transparencia de 2003, *Company Act 2006*, etc...) que pone en entredicho la suficiencia de la autorregulación y de algunos criterios hasta este momento dominantes⁶¹⁸. Tal es el caso de la solución financiera (*shareholder value*) como criterio exclusivo de determinación del interés social. En España el Informe Olivencia y Aldama sirven de inspiración a la modificación de la LSA y LMV mediante la Ley de Transparencia de 2003⁶¹⁹. Se advierte un cambio de tendencia más flexible en materia de interés social, aunque se mantienen como principios inspiradores del informe la transparencia, autorregulación e imperio de la ley, junto con la adopción del criterio anglosajón de cumple o explica (*complain or explain*⁶²⁰). Dicha tendencia se mantiene en el Código de Buen Gobierno Unificado publicado en 2006 por la CNMV⁶²¹ que manteniendo una posición aparentemente contractualista⁶²², no adopta en exclusiva el criterio financiero, utilizando la expresión “*maximización de valor*

⁶¹⁵ SCHIMDT, Karsten. “La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del derecho concursal”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, Nº. 10, 2009. p. 23.

⁶¹⁶ ALONSO UREBA, “El gobierno...”. ob cit. p 100; VELASCO SAN PEDRO, “El gobierno...” ob cit p.3008,

⁶¹⁷ PAZ-ARES, Cándido. “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa (capítulo 56)” en *Estudios homenaje a Fernando Sánchez-Calero*. Volumen II. Madrid: Mc Graw Hill, 2002. p.1806.

⁶¹⁸ Sobre el debate regulación autoregulación abierto en nuestro país con la ley de transparencia, señala FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, parece que “la tendencia doctrinal dominante [...] pronunciarse claramente en contra de la función del legislador como “productor de normas” y a favor de la fuerzas del mercado como factor de modernización del derecho de sociedades”. Según este autor nos dirigimos hacia un marco de mayor flexibilidad normativa, innovación organizativa, y mayor eficiencia y adaptación empresarial al entorno (FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La sociedad cotizada: problemas de política y de técnicas jurídicas” ob cit p.69. En AAVV *La sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.69). No obstante, la actual situación de crisis económica mundial que persiste en la finalización de este trabajo mantienen abierto el intenso debate a l día de hoy.

⁶¹⁹ ILLESCAS ORTIZ, R. “La transparencia...” ob cit p. 5-6.

⁶²⁰ Positivizado en su día en el artículo 116 de la Ley del Mercado de Valores, recientemente sustituido por el artículo 61 LMV (por la Ley 2/2011 de Economía Sostenible).

⁶²¹ Recomendación 7ª del Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV mantiene no obstante una posición ambigua, se refiere a maximización del valor sostenible, y valar por los grupos de interés.

⁶²² La Sentencia del Tribunal Supremo 1686/2012 de 17 de enero cita: “la recomendación 7 del Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, aprobado el 22 de mayo de 2006 por el Consejo de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de innegable valor doctrinal, opta por una interpretación contractualista que pone énfasis “ en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común” porque responde mejor a las expectativas de los inversores dirigida a “la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa”.

sostenible” que parece implicar una consideración más allá del mero precio bursátil de la acción a corto plazo⁶²³.

c) Dos polos de influencia actual en materia de buen gobierno

El camino recorrido por el movimiento del gobierno corporativo ya es largo, y aún se encuentra en pleno desarrollo, pues, pese a que es relativamente reciente la asunción y elaboración de sus propios códigos de conducta de buen gobierno por parte de las grandes compañías, se puede afirmar que dicha práctica se ha asentado rápidamente en la mayoría de ellas, como importante instrumento de estrategia competitiva en la búsqueda de capital, así como un requisito legal para las sociedades cotizadas⁶²⁴.

El desarrollo del gobierno corporativo tiene dos polos de influencia: el sistema alemán de la *Aktiengesellschaft* que se basa en la protección de las minorías, órgano de administración dual y cogestión de los trabajadores⁶²⁵, y donde predominarán las medidas legislativas de carácter imperativo en materia de buen gobierno; y el sistema norteamericano basado en la autorregulación (*soft law*)⁶²⁶ mediante la protección del inversor a través de los organismos propios del mercado de valores (SEC). De ello, se deja entrever importantes diferencias estructurales a las que responden dichas diferencias de criterio. El modelo alemán responde a una estructura de empresa de capital más concentrado y de preeminencia de los accionistas internos⁶²⁷ o lo que es lo mismo, de los órganos de administración (*Vorstand y Aufsichtsrat*), y una financiación bancaria de mayor peso, donde en los últimos tiempos existe una tendencia legislativa de protección a los *stakeholders*⁶²⁸. El sistema anglosajón por el contrario, se compone compañías de capital más disperso, existe un predominio de los inversores y un sistema financiero enfocado a ellos, y donde predomina la *shareholder value* como criterio de dirección.

No obstante, pese a que las divergencias son grandes entre ambos polos -no sólo por una realidad fáctica muy distinta sino también por una tradición jurídica que responde a distintos principios-, parece existir un cierto acercamiento en el derecho

⁶²³ SALAS FUMÁS, Vicente. “¿Sustituye la responsabilidad al buen gobierno de la empresa?”. En Colegio de economistas de Madrid (Empresa responsable). N° 106, 2005. p. 12., donde se maneja un concepto de maximización de valor socialmente responsable, refiriéndose a maximizar la contribución de la empresa a la economía, crear riqueza, o actuar de forma socialmente responsable.

⁶²⁴ Art. 61 LMV.

⁶²⁵ Sistema de cogestión permite la participación de los trabajadores en la planificación y decisión empresarial de forma institucionalizada KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades...* ob cit p.661 y ss, el sistema e la cogestión se centra fundamentalmente en el consejo de vigilancia. El órgano de vigilancia como órgano controlador del consejo de administración que es el órgano de gestión. Ello implica que la cogestión realmente está fuera de la gestión de la sociedad (ob cit p. 667).

⁶²⁶ VELASCO SAN PEDRO, L. “Gobierno corporativo” en ALONSO LEDESMA, Carmen. (dir.) et al. *Diccionario de derecho de Sociedades*. Madrid: Iustel, 2006. p. 665; RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 156.

⁶²⁷ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 61 se refiere a los sistemas internos (europeos) y externos (anglosajones) consecuencia de la dispersión de capital. En los primeros es evidente la gran dependencia que tiene el consejo de la voluntad del accionista de control, por lo que la legislaciones europeas sensibles a ello se hacen eco en las medidas de protección de las minorías.

⁶²⁸ ALONSO LEDESMA, Carmen. “El buen gobierno de las sociedades...” ob cit. p.139.

comparado, que en ocasiones pese a no partir de principios similares conduce a resultados parecidos.

B. GOBIERNO CORPORATIVO: ¿MECANISMO DE TUTELA ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES?

a) Cambio de criterio: de la creación de valor a la ley de transparencia

El gobierno corporativo como código de conducta ético, trata de minimizar los riesgos para los accionistas y encauzar la actuación de los administradores a través del concepto de interés social. Pero lejos de ser pacífico, el interés social constituye el centro de una polémica acerca de su definición, lo que incide directamente en el buen gobierno societario. El informe Olivencia inaugura el proceso de *corporate governance* en nuestro país, desde una perspectiva contractualista de la sociedad y del interés social, de carácter monista encaminado al interés de los socios, mediante la llamada solución financiera⁶²⁹, esto es identificar el interés social con el criterio objetivo del aumento de valor en la cotización bursátil para el accionista (*shareholder value*). Con ello se comienza con un criterio que en un primer momento destierra a las posiciones institucionalistas del proceso de buen gobierno⁶³⁰. El propio Código Olivencia justifica la adopción de la “*creación de valor para el accionista*” en que, en primer lugar, se trata de una directriz clara que evita la confusión y facilita la adopción de decisiones, en segundo, porque favorece la formación de capital y en tercer lugar, porque “*acompaña eficientemente el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa*”.

No obstante, esta adopción expresa del criterio de la creación de valor para el accionista como única directriz de actuación del administrador en la persecución del interés social, ha sido sometido a varias críticas por responder a una perspectiva esencialmente cortoplacista dependiente de la valoración bursátil. Por su parte el informe Aldama sin abandonar la posición contractualista, flexibiliza el criterio de la creación de valor “*no entendido ni única ni principalmente como valor de cotización bursátil en un momento determinado*”, y refiriéndose además, a la distribución del mismo⁶³¹.

⁶²⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación...” ob cit p.32; ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit. p.34 y ss; OLÁBARRI, Pablo; BELDA, Rocío. “El estatuto del consejero: derechos y deberes”. en AAVV *La sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons, 2006, p.337.

⁶³⁰ ALONSO UREBA, “El Gobierno...” ob cit p 102, se refiere la influencia del Análisis económico del derecho en el proceso de elaboración del Código Olivencia, sobre todo refiriéndose a la relevancia de las aportaciones de PAZ-ARES como “*prestigioso representante de la más joven escuela española del Derecho Mercantil*” “*Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos; respete los usos y buenas prácticas de los sectores y territorios donde ejerza su actividad; y observe aquellos principios adicionales de responsabilidad social que hubiera aceptado voluntariamente.*”

⁶³¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación...” ob cit p.45; OLÁBARRI y BELDA, “El estatuto...” ob cit p.38.

El informe Aldama (*“Informe de la Comisión Especial para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y en las sociedades cotizadas”*), se basa en la transparencia, como primer pilar del buen gobierno, donde la información veraz y transparente favorezca la correcta formación de voluntad del inversor, favoreciendo así a la eficiencia organizativa de las compañías cotizadas, que inspira la modificación legislativa mediante la Ley de Transparencia. No obstante, en dicha modificación, en materia de interés social, el artículo 127 bis de la antigua Ley de Sociedades Anónimas (226 LSC), no sólo no adoptó una posición clara sino que, tratando de evitar la discusión, termina animando el debate acerca del interés social de la empresa, al identificar el interés social con el interés de la sociedad.

El informe de 2006 de la CNMV que dio lugar al Código Unificado de Buen Gobierno opta por una interpretación de inspiración contractualista, poniendo el énfasis en el interés común de los accionistas. En este sentido se refiere al interés social como *“maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa”* criterio más amplio que trata de corregir las perversiones de la estricta precio bursátil de la acción⁶³². No obstante, pese a rechazar una concepción amplia del interés social, reconoce la posibilidad atender a otros grupos de interés, pero bajo mandato legal, contractual, o de RSC que la sociedad haya considerado *“razonable”*⁶³³. No obstante, en algún aspecto, podemos considerar, que la posición que adopta el código tampoco es del todo clara. El cumplimiento de las obligaciones legales y estatutarias, ya venía reconocido en el antiguo artículo 127 LSA, por lo que el código no aporta nada nuevo, salvo que lo que se pretenda sea posicionarse en un criterio sutilmente más flexible que reconozca cierto ámbito de autonomía en el administrador a la hora de maximizar el valor sostenible de la compañía, por lo que añade: *“cumpliendo de buena fe las obligaciones contractuales, explícitas e implícitas, concertadas con otros interesados, como trabajadores, proveedores, acreedores o clientes”*. El reciente Estudio de 14 octubre de 2013 de la Comisión de expertos en materia de Gobierno Corporativo⁶³⁴, se centra básicamente en la necesidad de intensificar en la protección del socio minoritario -frente a los abusos de la mayoría-, y se refiere al interés social como el que *“incluye también el interés del socio común o del común de los socios, frecuentemente amenazado por el interés del socio mayoritario”*, mención orientada claramente a una posición contractualista.

⁶³² MATEU DE ROS CERREZO, El código unificado de gobierno corporativo. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. p.173.

⁶³³ La recomendación nº 7 que establece:

“Todos los Consejeros, con independencia de cual sea el origen o la causa de su nombramiento, deben tener como propósito común la defensa del “interés social”. A la hora de concretar el significado de este concepto, el Código opta por una interpretación contractualista, que pone el énfasis en el interés común de los accionistas o, si se prefiere, en el interés del accionista común. Considera esta opción la más adecuada para un ejercicio efectivo y preciso de responsabilidad y la que mejor responde a las expectativas de los inversores, ante quienes, a la postre, ha de rendir cuentas el Consejo. Por ello aconseja que el objetivo último de la compañía y, por tanto, el criterio que presida la actuación del Consejo sea la maximización, de forma sostenida, del valor económico de la empresa. Frente a otras interpretaciones más amplias del “interés social”, ésta parece preferible, porque proporciona al Consejo y a las instancias ejecutivas sujetas a su supervisión una directriz clara que facilita la adopción de decisiones y su evaluación. [...] Por ello, se recomienda: 7. Que el Consejo desempeñe sus funciones con unidad de propósito e independencia de criterio, dispense el mismo trato a todos los accionistas y se guíe por el interés de la compañía, entendido como hacer máximo, de forma sostenida, el valor económico de la empresa. Y que vele asimismo para que en sus relaciones con los grupos de interés (stakeholders) la empresa respete las leyes y reglamentos; cumpla de buena fe sus obligaciones y contratos [...]”.

⁶³⁴ El Consejo de Ministros acordó, el 10 de mayo de 2013, crear una Comisión de Expertos para la elaboración de un estudio en el que analizase la situación del buen gobierno de las sociedades en España, y que fue publicado como Orden ECC/895/2013 de 21 de mayo.

b) RSC y Gobierno corporativo como dos caras del buen gobierno empresarial

La tendencia de considerar al interés social como algo más allá del propio interés del socio, ha encontrado su línea de desarrollo en la Responsabilidad Social Corporativa o Empresarial (en adelante RSC), a través de la idea de la función social de la propiedad⁶³⁵. Se hace referencia con ello a una línea del gobierno empresarial dirigido a la asunción de compromisos con otros intereses plurales considerados dignos de protección, más allá de los accionistas, en base a consideraciones éticas de buen gobierno⁶³⁶. La RSC tiene una naturaleza voluntaria para las empresas, y se ha defendido su papel como instrumento creador de valor, entre otros por sus efectos positivos en el valor reputacional de la empresa como medida que tiende a incrementar la fama o el buen nombre de la empresa⁶³⁷. Ello implica que determinadas medidas de RSC que comprenden otros intereses distintos al de los socios, pueden resultar beneficiosos en tanto generen valor para la compañía, como medida estratégica⁶³⁸. Cuando estemos ante medidas compatibles no habrá problema pues no hay colisión de interés. La discusión se centra en aquellos ámbitos fuera de la RSC asumida por la junta general o en aquellas empresas que no aprobaron una política de RSC (por su carácter voluntario). La cuestión es si los administradores son responsables frente a los accionistas por adoptar medidas de RSC en perjuicio del valor de la acción, o de la rentabilidad de la sociedad⁶³⁹.

La conexión existente entre los códigos de buen gobierno y la RSC⁶⁴⁰, se debe a la preocupación por las buenas prácticas en el gobierno de las empresas⁶⁴¹. No obstante, salvo determinadas medidas que tienden a compatibilizar todos los intereses en conflicto, por regla general, RSC y gobierno corporativo (entendido como creación de valor para el accionista en su perspectiva financiera) son por naturaleza contradictorios, pues mientras éste ha venido orientando sus recomendaciones como protección del socio-inversor (*shareholders*), aquella lo hace siguiendo normas tendentes a proteger intereses que pugnan directamente con el de los accionistas, esto es la protección de los llamados *stakeholders*.

Adoptar un criterio amplio de interés social ha dado pie a que algún sector entienda que el administrador, siguiendo un código ético de actuación, puede atender a

⁶³⁵ MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés social ...” ob cit p. 103; RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 158.

⁶³⁶ Se trata de la idea de insertar en la empresa una ética empresarial como parámetro de actuación para los directivos, con todo el relativismo que ello conlleva (FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32). Sobre las consideraciones éticas de la RSC desde un punto de vista crítico vid. RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 157.

⁶³⁷ EMBID IRUJO, José Miguel. “Perfil jurídico...” ob cit. p. 52-75. GÓMEZ SEGADÉ, José Antonio. “RSE y responsabilidad de los administradores: una propuesta”. En AAVV *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*. 2012, p. 103 y ss.

⁶³⁸ Incluso, del análisis empírico algún autor como KRÜGER ha señalado que las empresas con mayor beneficio son las que se orientan a una mayor RSC (vid. KRÜGER, Philipp, “Corporate Social Responsibility and the Board of Directors”. Job market paper. *Best student paper award at the United Nations Principles of Responsible Investment Academic Conference*, Copenhagen, 5-7 May 2010. p. 30)

⁶³⁹ La verdadera dimensión del debate es acerca de la responsabilidad de los administradores ante la indeterminación del concepto de interés social, como indica EMBID IRUJO “Perfil jurídico...” ob cit p. 60. ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p. 22-23.

⁶⁴⁰ MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés social ...” p. 102 y ss.

⁶⁴¹ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 156.

otros grupos de interés como medida de buen gobierno⁶⁴². Dicha afirmación pasaría por considerar el buen gobierno empresarial no sólo como mecanismo de protección del accionista sino también de los *stakeholders*, lo que conduce a identificar el buen gobierno como código ético de actuación de los administradores orientado no sólo a los accionistas sino también a los acreedores, consumidores, trabajadores,... La cuestión es que pese a los deberes de lealtad del administrador, los códigos de buen gobierno se basan en ciertos ámbitos de conducta ética de aquellos en beneficio de la sociedad⁶⁴³. Si el criterio ético, pese a su relativismo o indeterminación, puede considerarse como un instrumento en beneficio del accionista, se plantea si el criterio ético sobre el que se edifica la RSC, puede actuar en el mismo sentido como medida de buen gobierno en protección de los acreedores, en casos determinados como las situaciones de crisis o proximidad a la insolvencia.

C. LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA COMO MECANISMO DE TUTELA DEL CONFLICTO ENTRE ACCIONISTAS Y ACREEDORES.

La mayoría de las grandes empresas realizan ya memorias anuales de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) como elemento integrante de su estrategia en el mercado⁶⁴⁴. Se trata de una tendencia que se va imponiendo que persigue implantar una ética empresarial como parámetro de actuación, asumida de forma voluntaria por las empresas encaminadas a asumir compromisos o conductas que prestan atención a una pluralidad de intereses distintos a la de los propios accionistas⁶⁴⁵. En un principio surge al auspicio del impulso de varias instituciones⁶⁴⁶, como reacción a las estrictas concepciones financieras del interés social (*shareholders value*) que queda en entredicho con la oleada de escándalos financieros en el seno de las grandes empresas⁶⁴⁷. Pero en la actualidad, no se puede perder de vista que se trata de una estrategia empresarial que busca un reconocimiento público de actuación ética, y en general una reputación en el mercado (financiero o general) que maximice sus expectativas de negocio, y por tanto el rendimiento empresarial⁶⁴⁸. Y en tal sentido resulta más que cuestionable que se trate de una auténtico fin de carácter ético, pues dicho carácter ético sólo sirve para revestir el auténtico fin económico que la buena

⁶⁴² EMBID IRUJO, J.M. "La Responsabilidad social Corporativa ante el derecho mercantil." en *Cuadernos de derecho y comercio*. Nº 42, 2004, p.15 y ss. Sobre el aspecto ético vid. "Perfil jurídico..." ob cit. p.55 y ss.

⁶⁴³ GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial. Del dialogo a la confianza*. Madrid: Trotta, 2004. y ss. 249 y ss, respecto de los códigos de conducta, donde parte de la ética como mecanismo sustitutivo a las normas jurídicas.

⁶⁴⁴ PERDIGUERO, Tomas G. *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*. Barcelona: Anagrama, 2003. p. 30 y ss.

⁶⁴⁵ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE "La responsabilidad social..." en ALONSO LEDESMA, Carmen. (dir.) *et al. Diccionario de derecho de Sociedades*. Madrid: Iustel, 2006. p. 1023 y ss.

⁶⁴⁶ A nivel mundial en el seno de las Naciones Unidas (*Global Compact* en materia de responsabilidad social de las empresas, 1999-2004). A nivel de la Unión Europea, en el Libro Verde de la Comisión Europea titulado *Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* [Bruselas, 18.7.2001, COM (2001) 366 final], y la más reciente Comunicación de la Comisión "Poner en práctica la asociación para el crecimiento y el empleo: Hacer de Europa un polo de excelencia de la responsabilidad social de las empresas" [Bruselas, 22.3.2006 COM(2006); y la Comunicación "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas" [Bruselas, 25.10.2011 COM(2011) 681 final. Y a nivel nacional en el Foro de Expertos en RSE del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales de 2005.

⁶⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE "La responsabilidad social..." en *diccionario...* ob cit. p. 1023.

⁶⁴⁸ EMBID IRUJO, J.M. "Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa". En *Papeles de Economía Española*. 2006 nº 108. p.63 y 64.

reputación reporta a las grandes empresas, en tanto en cuanto lo que con ello se persigue es una mejor imagen para un mejor resultado de explotación⁶⁴⁹.

Al igual que los códigos de *corporate governance*, la RSC trata del buen gobierno empresarial, pero, mientras que aquel está esencialmente dirigido a la protección del accionista o inversor, la RSC se dirige a una pluralidad de intereses distintos al de los accionistas⁶⁵⁰, que entran en contacto con la sociedad: tales como acreedores, proveedores, trabajadores, consumidores, e incluso a cuestiones de interés general o relevancia social tales como medio ambiente⁶⁵¹, sostenibilidad, interés cultural, etc...

La RSC se refiere por tanto a una dimensión *ad extra* del interés empresarial. La polémica suscitada en torno a la RSC se debe precisamente al carácter voluntario o dispositivo de la misma y a su conexión con la cuestión del interés social como fin de la actividad gestora del administrador. Se refiere por tanto a aquellos casos en que en el desempeño del gobierno empresarial, se cuestiona la actitud que debe adoptar el órgano de administración cuando el interés del buen gobierno *ad intra* (respecto de los socios) colisiona con un buen gobierno *ad extra* (respecto de otros grupos de interés). Es decir, se plantea qué responsabilidad puede tener el administrador por asumir determinadas políticas de RSC que producen un perjuicio al valor de la empresa⁶⁵². No habrá problema cuando la junta general haya aprobado un plan de RSC o cuando así lo imponga la Ley (como pueda ser la obligación de no contaminar, el reconocimiento de determinados derechos laborales, etc.), pues la primera obligación del administrador es cumplir la ley. La cuestión se dará en los casos en que dicha responsabilidad social se toma directamente por el órgano de gobierno, en perjuicio del valor de la empresa o a cuenta de la misma. Es decir, se planea en qué medida el administrador responde por actos que no elevan directamente el valor de la empresa, (como los gastos de reciclaje voluntario, bonus de trabajadores, etc...).

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 11 de noviembre de 2011 (SAP3 21/2011) resolvió desestimando la anulación de un acuerdo adoptado por el consejo de administración (que acordaba la donación de una importante cantidad para la constitución de una fundación) precisamente en base a la RSC, en una argumentación que recoge aunque de forma muy breve –y entendemos que con una eficacia muy limitada- dos perspectivas antagónicas de las RSC: “*Trátase de la responsabilidad social empresarial como nueva cultura de gestión empresarial a la que alude la parte*

⁶⁴⁹ En tal sentido RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p.155 y ss, aborda una perspectiva crítica del contenido ético de la RSC/E en el seno de las empresas en los sistemas capitalistas. Dicha crítica parte de la base de la relación entre moral y desinterés. El comportamiento de las empresas por su propia naturaleza como entidades con fin de lucro son interesadas, y desde el punto de vista de la moral kantiana, “*la moral es en si misma desinteresada, de modo que todo comportamiento interesado carece de valor moral*” (ob cit p. 155 y ss). En definitiva la moral no es un buen instrumento para gobernar la empresa (ob cit. p. 170 y ss). Un interesantísimo ejemplo propuesto por el profesor RUIZ MUÑOZ que ilustra la inconveniencia de confundir ética con interés empresarial, es el de la crisis de las cajas de ahorro, entidades sin ánimo de lucro, cuya reestructuración ha obligado a desligar la doble naturaleza de las Cajas de ahorro (lucrativa y benéfica), trasladando el negocio crediticio a los Bancos, preservando a la Caja como mera titular accionarial, sin perjuicio del cumplimiento de sus fines sociales (ob cit p. 176 y ss.), perfilándose así su naturaleza de entidad sin ánimo de lucro.

⁶⁵⁰ KÜBLER, F. ASSMANN, H.D. *Gesellschaftsrecht...* ob cit. p. 151-152, el enfoque alemán de la RSC como pluralidad de intereses a tener en cuenta en el fin empresarial (*Unternehmeninteresse*), que contrasta con el enfoque anglosajón construido a través de los deberes fiduciarios de los administradores.

⁶⁵¹ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 157.

⁶⁵² SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor...” ob cit. 99 y 100. Vid. también EMBID IRUJO, “Responsabilidad...” ob cit p. 25.

demandada, trátase de algo más prosaico como es el retorno de beneficios por vía indirecta mediante la posibilidad de participación en determinados nichos de negocio o beneficios de orden fiscal, expresamente reconocida por la actora en el interrogatorio de parte, resulta evidente que existen argumentos para huir de la categorización sobre la que descansa el alegato.”. De forma aparente dicha sentencia parece elevar a la categoría de legal las medidas o liberalidades adoptadas en nombre de la RSC (ya sea como nueva cultura empresarial, ya sea por el beneficio esperado). No obstante, de forma aparente y como decíamos antes, con una eficacia limitada, pues entendemos que el planteamiento de la litis no incide de lleno en el planteamiento de la cuestión cuyo *petitum* (nulidad del acuerdo del consejo) parece abocado a no prosperar por una cuestión de planteamiento⁶⁵³. Más interesante al objeto de nuestro estudio hubiera sido la argumentación de la cuestión de forma distinta, en el seno de una reclamación de responsabilidad frente a los administradores que adoptaron el acuerdo como consecuencia de un exceso en sus atribuciones.

Es decir la cuestión capital no es la validez del acuerdo (cuestión que resuelve el artículo 234 LSC⁶⁵⁴) sino en qué medida el administrador responde por actos que no elevan directamente el valor de la empresa. Entendemos que la respuesta irá en función de la consideración del concepto de interés social que se adopte, por lo que dicha respuesta dista mucho de ser pacífica en la doctrina. Algunos autores⁶⁵⁵ opinan que en los casos en que la junta no autorice un plan de RSC el administrador deberá responder por el daño causado a la sociedad, pues todo aquello que supone un coste reduce el valor de la empresa es contrario al interés social, que no puede ser definido más que como el interés común de los socios. Otros autores⁶⁵⁶ abogan, en virtud de las excelencias de la RSC, abrir el interés empresarial, y eximir de responsabilidad a los administradores que actúan de forma ética en beneficio de los grupos de interés y que se traslada al beneficio de la sociedad en general⁶⁵⁷.

En este sentido, si se admitiera que el interés social implica la adopción de medidas que atienden al interés de otros sujetos (p. e. acreedores), ello podría ser relevante a la hora de determinar las concretas obligaciones de los administradores en situaciones de crisis para con los sujetos afectados, tales como acreedores, trabajadores,

⁶⁵³ Precisamente el antiguo artículo 63 LSRL invocado por la parte actora, (actual 234 LSC) viene a indicar que el objeto social supone un límite externo sólo frente a terceros de mala fe (vid. ESTEBAN VELASCO, “Capítulo IV...” ob cit p. 1686) extremo que no parece haberse acreditado en este caso. Y en este sentido, argumenta la misma Sentencia: “*Aun prescindiendo de lo anterior, las pretensiones impugnatorias deducidas en la demanda no podrían prosperar. Califica la parte actora los acuerdos impugnados de contrarios a la ley y lesivos para la sociedad. La primera de estas tachas se basa en la pretendida vulneración del artículo 63 LSRL. Alega en concreto la parte actora que, versando el acuerdo impugnado sobre la realización de un acto de extraordinaria administración, precisaría de su ratificación en junta general. Yerra la parte al hacer de la necesidad de ratificación causa para cuestionar la validez del acuerdo en examen. En realidad, el razonamiento entraña una aporía: la admisión de la posibilidad de que el acuerdo sea ratificado a posteriori implica de suyo la negación de que el acuerdo deba ser calificado a priori de nulo. Cosa distinta son las consecuencias que, en relación con la eficacia de los actos no comprendidos en el objeto social llevados a cabo por los administradores, deban anudarse a dicha falta de ratificación, que es a lo que hace referencia el precepto invocado por la parte actora.*”

⁶⁵⁴ Art. 63de la antigua LSRL a que se hace referencia en la sentencia comentada.

⁶⁵⁵ La mayoría de la doctrina da prioridad a la perspectiva contractualista de la sociedad y con ello a la voluntad de los socios ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente...* ob cit p.21 y ss.; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 61 y ss; PAZ-ARES, “El gobierno...” ob cit p. 1806 y ss.

⁶⁵⁶ EMBID IRUJO, J.M. “Perfil jurídico...” ob cit p. 52 y ss. y también vid. “Derecho y mercado...” ob cit p. 67,68 y 69. Desde l a crítica al modelo financiero vid. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel. *El gobierno de la empresa: un enfoque alternativo*. Madrid: Akal, 2003. p. 42 y ss, y 119-120;

⁶⁵⁷ FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 33: “*I share Adam Smith’s scepticism about the benefits that can be expected from <<those who affected to trade for the publicgood>>*”

etc⁶⁵⁸. Por ello, a nuestros efectos, lo que procede es el análisis de dos cuestiones, la primera sería determinar cuál es el significado actual del concepto interés social para las diferentes posturas doctrinales. La segunda, como se introduce todo ello a la situación de crisis empresarial (o si se justifica atender al interés acreedor en situaciones de crisis). A la primera pregunta ha centrado un debate ideológico que trasciende del derecho y que a continuación se tratará de sintetizar, para después pasar al segundo asunto (que es el tema central al que se dirige esta disertación).

⁶⁵⁸ Según el planteamiento de MARIN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés social...” ob cit p.255-256, es decir, el estudio del interés social como fin de la actividad gestora de los administradores en las situaciones de crisis empresarial, como elemento que venga a justificar la protección de los acreedores (y otros grupos de interés).

V. EL INTERÉS SOCIAL COMO FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA DEL ADMINISTRADOR

1. El interés social como fin de la actividad gestora del administrador diligente

El artículo 226 LSC establece: *“los administradores desempeñarán su cargo como un representante leal en defensa del interés social entendido como interés de la sociedad”*. El interés social es el fin de la actividad gestora del administrador⁶⁵⁹, y marca sus deberes de lealtad y diligencia⁶⁶⁰, por lo que es imprescindible una previa delimitación del concepto de interés social para poder valorar la dirección que ha de tomar la diligencia debida del administrador⁶⁶¹. Si partimos de la hipótesis de que pueda haber argumentos sobre los que basar la existencia de determinados deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores en situaciones de proximidad a la insolvencia o insolvencia inminente⁶⁶², encaminados a proteger sus créditos (conservación de la solvencia, medidas informativas, etc.), habrá que indagar si dichos deberes se pueden fundamentar de forma excepcional en un concepto amplio de interés social⁶⁶³, tarea que de forma crítica pretendemos llevar a cabo.

La preocupación por el gobierno de la sociedad, pese a haberse intensificado en las últimas décadas, ha despertado desde siempre el interés de la doctrina. El estudio del debate llevado a cabo sobre el gobierno de la empresa puede dividirse desde una doble perspectiva: la del fin y la del medio. Respecto de lo primero sobre el concepto de interés social⁶⁶⁴; y respecto de lo segundo, entorno al ejercicio del poder dentro de la estructura de los órganos de gobierno⁶⁶⁵. Por tanto, tal y como se han preocupado de

⁶⁵⁹ El interés social debe presidir la actividad gestora de los administradores (RUIZ MUÑOZ “Un apunte crítico...” ob cit p. 184). El interés social también es norma general de conducta, manifestación directa del deber general de buena fe, y en tal sentido manifestación de los deberes contractuales de diligencia y lealtad del administrador (MORILLAS JARILLO, María José.-“El problema de la determinación del interés social...” ob cit. p. 93; RIBAS “Artículo 226...” ob cit p. 1620).

⁶⁶⁰ Indica RIBAS que el deber de lealtad consisten en una figura autónoma del deber de diligencia o cuidado respecto de los deberes de fidelidad, diligencia y buena fe. 1620.

⁶⁶¹ El deber de lealtad implica una obligación del administrador de actuar en interés de la sociedad en caso de conflicto de intereses. RIBAS “Artículo 226...” ob cit p. 1620

⁶⁶² ALONSO LEDESMA -“Derecho de sociedades vs derecho concursal, ¿técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p.78.

⁶⁶³ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit p. 256 y ss, indica que los deberes fiduciarios de los administradores en situación de proximidad a la insolvencia podrían tener su fundamento en un concepto amplio del interés social.

⁶⁶⁴ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 96 Indica que los términos de dicho debate se centran en si se debe superar el concepto de interés social (como interés de los accionistas) por el llamado “interés de empresa”, que englobaría otros intereses más generales.

⁶⁶⁵ Debate sobre la estructura de los órganos de gobierno, modelo monista del consejo de administración típico de los sistemas anglosajones (siendo el español también de carácter monista), y el modelo dualista que incluiría junto al propio consejo de administración un consejo de vigilancia, sistema típico de los ordenamientos Alemán, francés, e italiano. Sobre la discusión de esta cuestión PAZ-ARES “El gobierno de las sociedades...” ob cit p.1809 y ss “*la ventaja del sistema monista...radica precisamente en que separa las funciones, pero no separa las responsabilidades*”. , junto a la cuestión del interés social y el modelo de consejo añade la cuestión de la

apuntar ya muchos autores⁶⁶⁶, no estamos ante un debate nuevo, aunque sí de gran actualidad, y donde las distintas posiciones varían en el cambiante entorno económico que nos rodea. La Sentencia 275/2012 de 17 de enero en referencia a un recurso acerca del concepto interés social en sede de impugnación de acuerdos sociales, se hace eco del citado debate cuando dice: *“Como hemos declarado en la sentencia 873/2011, de 10 de noviembre, no existe una posición uniforme sobre qué debe entenderse por “intereses de la sociedad”, dadas las clásicas posiciones enfrentadas entre los defensores de las teorías institucionalista y contractualista -a las que cabe añadir otras: monistas, dualistas; pluralistas, finalistas, posibilidad de discriminar en función del acto o acuerdo, etc.-*

2. Las dos perspectivas antagónicas del interés social: institucionalista versus contractualista

A. APUNTE SOBRE LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DEBATE

a) Inicio del debate

Desde que se inicia la evolución de las primitivas compañías coloniales como instrumento de derecho semipúblico, hasta la moderna sociedad anónima, existe un primer punto de inflexión en los inicios del siglo XIX, cuando ésta se convierte en el instrumento jurídico necesario del incipiente liberalismo burgués revolucionario, que desemboca en la codificación napoleónica del *Code de Commerce* de 1807⁶⁶⁷. La sociedad anónima pasa a ser el instrumento esencial a través del cual los inversores se verán incentivados a confiar su ahorro (gracias a la limitación del riesgo de la inversión a la propia aportación) dotando así de liquidez a los mercados financieros, y permitiendo la eficiente asignación del ahorro a la inversión. La hegemonía del capital entendida como protección del accionista, y la autonomía de la voluntad, serán pilares fundamentales, a la hora de entender el fenómeno societario desde una perspectiva contractualista, es decir, esencialmente como contrato de organización⁶⁶⁸. Desde aquí se parte de la configuración de la sociedad a través del principio de neutralidad⁶⁶⁹ del derecho de sociedades, es decir, de la sociedad como instrumento jurídico de carácter

autorregulación como reivindicación del carácter dispositivo que han de adoptar las normas societarias desde una perspectiva contractualista PAZ-ARES “El gobierno de las sociedades...” ob cit 1806 y ss. Esas son precisamente las tres cuestiones esenciales tratadas en el Informe Olivencia sobre el Gobierno societario.

⁶⁶⁶ ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 16; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor...” ob cit p.10 parafraseando a GARRIGUES, “*ni son nuevos los hechos, no probablemente tampoco lo son las soluciones*”; EMBID IRUJO, “La Responsabilidad social...” ob cit p. 17; etc.

⁶⁶⁷ ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión...* ob cit p. 54 y ss.

⁶⁶⁸ Sobre el papel de la Sociedad Anónima en el sistema capitalista en GALGANO, *Las instituciones...* ob cit p. 91 y ss.

⁶⁶⁹ Acerca de la neutralidad FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p. 37-38, donde plantea el alcance de dicho principio considerando la inserción de las doctrinas institucionalistas como una corrección legislativa a la neutralidad del derecho societario. Sobre la neutralidad también GALGANO, *La società...* ob cit p.156; y JAEGER *L’interesse...* ob cit. p. 86 y ss.

contractual desprovisto de otras funciones iuspublicistas de carácter económico o social, que no sean la de la organización de las partes.⁶⁷⁰

La concepción contractualista, nace con la propia sociedad anónima moderna. El debate sobre el interés social, se origina en un momento posterior a la consolidación de la sociedad anónima como instrumento de la economía capitalista⁶⁷¹, mediante los esfuerzos de la doctrina acerca de la discusión de las disfuncionalidades del tipo societario⁶⁷², y generalmente como consecuencia de la cuestión del gobierno societario.

b) Marco económico de trascendencia del debate

No sólo los periodos de depresión económica que han tenido lugar a lo largo del siglo XX⁶⁷³ han sido determinantes en el desarrollo del debate entre las concepciones contractualistas e institucionalistas del interés social⁶⁷⁴, sino que también los escándalos financieros en el ámbito empresarial de la década de los 90 o de principios del siglo XXI, han puesto en tela de juicio los planteamientos teóricos sobre los que se construye el modelo actual. No obstante, nos encontramos ante un complejo debate que trasciende de lo jurídico, pues los principios en los que se fundamentan las distintas posiciones al respecto, parten de distintas disciplinas (tales como la economía, la sociología, la filosofía, la política, etc.). De ahí que nos encontremos ante un debate esencialmente ideológico⁶⁷⁵, por lo que desde el ámbito jurídico no se puede ser optimista en la pretensión de llegar a un próximo consenso doctrinal o final concluyente, que, por el contrario, tiende a eternizarse, y que, creemos, se mantendrá lejano en el horizonte, y mucho más en el tránsito de la actual crisis económica que atraviesa la economía globalizada. En torno al debate sobre el interés social, las diferentes posiciones de las distintas teorías económicas han resultado trascendentales en la discusión jurídica de la cuestión debatida. Desde el desarrollo de los postulados de la economía neoclásica a finales del siglo XIX, el debate se plasma en el ámbito económico, entre los defensores de la libertad del mercado y los defensores del papel activo del legislador como corrector de las crisis del sistema⁶⁷⁶.

⁶⁷⁰ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*...ob cit p. 58 y ss. divide entre la sociedad como contrato obligatorio – relativo a las obligaciones de los socios- y la sociedad como contrato de organización.

⁶⁷¹ Surgimiento como reacción al fracaso de la democracia accionarial vid. SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses* ... ob cit p. 57 y ss.; Antes del surgimiento de la teoría *Unternehmen an sich* en Alemania, el debate societario se centraba en el equilibrio de poderes orgánico entre, el control de la dirección (*Vorstand*), órgano de vigilancia (*Aufsichtsrat*), y la Junta general (*Hauptversammlung*). ESTEBAN VELASCO, ob cit p.71 y ss. Es en las primeras décadas del siglo XX, tras la formulación de dicha doctrina cuando comienza el debate acerca del interés social.

⁶⁷² ALONSO UREBA, Alberto. “El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus códigos de conducta. En *El gobierno de las sociedades cotizadas*. 1999. p. 99, 124 y ss.

⁶⁷³ Sobre todo los grandes periodos de depresión como la posguerra de la I GM en Alemania y la posterior Gran Depresión, la crisis del petróleo de los 70, la actual crisis económica, son sensibles en el ámbito jurídico al igual que en cualquier otra disciplina.

⁶⁷⁴ Los detractores de la doctrina *Unternehmen an sich* han reprochado su formulación originaria como el fruto de una situación desesperada de la posguerra Alemana. Vid ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión*...ob cit p. 71 y ss. MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés social ...” p. 107.

⁶⁷⁵ Se trata en definitiva, del conflicto entre libertad e igualdad. Es el viejo tema de los límites, tratados en el derecho constitucional, en la economía del bienestar y en la filosofía de la justicia presente en la teoría de la justicia de Rawls. Es la cuestión de hasta qué punto se ha de garantizarse la igualdad de los individuos, y hasta que punto son libres en sociedad. (RAWLS, John. *Una Teoría de la justicia*. Mexico: Fondo de cultura económica, 1997. 549 p.)

⁶⁷⁶ El debate se plantea mediante la pregunta “For whom are corporate managers trustees, debate historico- mantenido entre los profesores Adolf Berle y Merrick Dodd (vid. WEDDERBURN, L. “The legal development of corporate

La concentración de poder en las grandes compañías cotizadas en manos de los administradores como consecuencia del fenómeno de la separación entre control y propiedad había sido puesta de manifiesto por BERLE y MEANS⁶⁷⁷, quienes entendieron que estas grandes corporaciones habían dejado de ser instituciones privadas para convertirse en instituciones sociales, lo demandaba un nuevo modelo de organización en el que el *management* vendría a jugar un papel más neutral comprendiendo en su actuación no sólo el interés exclusivo del socio, sino también el de los otros grupos de interés⁶⁷⁸. Tras la Gran Depresión, el triunfo de las políticas Keynesianas, que cuestionaban que la economía de libre mercado pudieran funcionar sin vigilante⁶⁷⁹, se mantienen dominantes hasta la crisis de los setenta, a partir de donde resurgirán con fuerza los gobiernos neoliberales en distintos países de occidente. Antes de ello, en el seno de la escuela de Chicago representada por FRIEDMAN (doctrina monetarista) ya se había comenzado a combatir el intervencionismo bajo los postulados de la economía neoclásica, restringiendo al mínimo el papel del Estado en la intervención del mercado⁶⁸⁰. Al auspicio de estas nuevas tesis económicas⁶⁸¹ nace una nueva concepción del derecho privado *-economics and law*⁶⁸² - que va a suponer una brecha en la dogmática jurídica tradicional⁶⁸³, y que desde una perspectiva contractualista de la empresa, se adoptará un criterio de interés social basado en el beneficio exclusivo del socio bajo la regla de la creación de valor para el accionista (*shareholder value*) como exclusivo criterio a seguir en la búsqueda del objetivo empresarial⁶⁸⁴. En los años ochenta JENSEN formula sus tesis acerca de la maximización del valor de la acción como único objetivo de los directivos empresariales, bajo los postulados de la idoneidad del mercado para acertar a la hora de determinar el precio de los valores. Dicha perspectiva también es sometida a críticas en la actualidad por sus límites, ya que si bien resulta idónea para el cálculo relativo del precio de los valores (respecto de otros valores), no lo es tanto en el cálculo de los precios bajo los fundamentos del mundo real⁶⁸⁵, donde las *burbujas* financieras y *contaminación* de activos, son la consecuencia de la desregulación, y de la falta de una vigilancia eficiente de los mercados. Las posturas de las distintas escuelas económicas sirven de base en el ámbito jurídico para que algunos sectores de la doctrina fundamenten su posición. Así la regla financiera de la *shareholder value* o creación de

responsability: for will corporate managers trustees?" en AAVV *Corporate Governance and Director's Liabilities*. Berlin- New York: W de G, 1985, p.6; TEUBNER, Gunter "Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries. A functional approach to the legal (responsability) Institutionalization of corporate Responsibility". En AAVV *Corporate Governance and Director's Liabilities*. Berlin- New York: W de G, 1985, p.150

⁶⁷⁷ BERLE, Adolf; MEANS, Gardiner. *Modern Corporation and private Property*. New York, 1932.

⁶⁷⁸ GONDRA "La Teoría contractual..." ob cit p. 1181.

⁶⁷⁹ KRUGMAN, "¿Cómo pudieron equivocarse tanto los economistas?" En *El País de los Negocios*. Madrid, 13 de septiembre de 2009. p. 8

⁶⁸⁰ El posicionamiento FRIEDMAN en esta materia queda patente en su famoso artículo publicado en la revista del New York Times (FRIEDMAN, Milton. "The Social Responsibility of Business to Increase its Profits" en *The New York Times Magazine*, September 13, 1970. p. 32-33) donde abogaba por una teoría contractualista, donde los directivos no están capacitados para adoptar una responsabilidad social, ya que se deben a sus accionistas, careciendo de legitimidad para adoptar cualquier otro tipo de conducta en la protección de cualquier interés distinto.

⁶⁸¹ Nuevas tesis neoliberales, que adoptan en el fondo los postulados de la economía clásica. Así Adam Smith ya había puesto de manifiesto su desconfianza en la intervención en el mercado por interés general, es decir por motivos ajenos al interés particular (FRIEDMAN, Milton, "The Social Responsibility..." ob cit p. 32-33). Vid. RUIZ MUÑOZ "Un apunte crítico..." ob cit p.162, donde destaca esa idea de Adam Smith acerca del interés propio – egoísmo- del comerciante como piedra angular del capitalismo (y por tanto de la Revolución Industrial).

⁶⁸² Que se desarrolla inicialmente en el trabajo de POSNER, *Economics and Law* (traducido POSNER, *Análisis...* ob cit), tomando como base conceptos de eficiencia de COASE.

⁶⁸³ GONDRA "Teoría contractual..." ob cit. p. 1175 y ss.

⁶⁸⁴ SANCHEZ CALERO GUILARTE "Creación de valor..." ob cit p. 32.

⁶⁸⁵ KRUGMAN, "¿Cómo pudieron..." ob cit p 9.

valor para el accionista se convierte en criterio de actuación dominante en las tesis contractualistas, y especialmente para los que parten de los postulados del análisis económico del derecho⁶⁸⁶.

Frente a esta postura (de la solución financiera) reaccionan los defensores de la concepción institucional de la sociedad, y lo hacen desde la necesidad de la intervención del legislador en ámbitos en que las soluciones del mercado conducen a soluciones que repugnan al sentido de la justicia, en favor de una interpretación basada en la promoción del estado social, sobre la base de la función social de la propiedad⁶⁸⁷. Desde esta perspectiva se considera la superación del interés social (entendido como interés del accionista) en favor del interés de la empresa, para justificar la protección de otros intereses dignos de protección, más allá del de los socios⁶⁸⁸.

c) *Unternehmen an sich*

Frente a la concepción de tradición liberal, que da predominancia a la configuración formal de la empresa como sociedad (articulada a través de un contrato como instrumento de defensa de la posición del inversor), surge en contestación a dicha concepción, otra posición que implica una perspectiva basada en la necesidad del reconocimiento por el derecho de la empresa en sí como organización, y como una realidad que se obvia en la perspectiva formalista. El origen de esta postura surge en la Alemania de entre guerras⁶⁸⁹, donde tienen lugar las primeras posiciones institucionalistas. Será a través de la formulación de la teoría *Unternehmen an sich*⁶⁹⁰, en un principio por RATHENAU, desde la sociología y la política, y desarrollada posteriormente en el ámbito jurídico por NETTER y HAUSSMAN⁶⁹¹. La base de esta doctrina es la consideración de la empresa en sí como una organización cuya finalidad es el beneficio que conlleva su propio funcionamiento, y su importancia como insustituible factor de producción de riqueza, y no tanto el lucro individual del inversor, que actúa de modo egoísta, en función de sus intereses particulares⁶⁹². Esto implica la ruptura entre el interés social y el interés de los socios, dando paso al interés de la empresa, como organización esencial, permanente y duradera, y elemento esencial de la ordenación económica. Su interés se superpone al interés egoísta de la minoría representada por el socio⁶⁹³.

⁶⁸⁶ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 625 y ss; PAZ-ARES, “Principio de eficiencia...” ob cit; ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente...* ob cit p. 21 y ss.

⁶⁸⁷ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 105 y ss.

⁶⁸⁸ ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p. 96.

⁶⁸⁹ RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p. 186

⁶⁹⁰ JAEGER, *L’interesse...* ob cit p.15 y 20 y ss

⁶⁹¹ ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión...* ob cit p. 127. FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p. 56; Sobre la tercera corriente institucionalista representada por HAUSMANN, en JAEGER *L’interesse...* ob cit p.24 y 25.

⁶⁹² JAEGER, *L’interesse...* ob cit p. 35.

⁶⁹³ FERNANDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad...* ob cit p. 56; ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión...* ob cit p.126.

RATHENAU parte de la diferenciación de dos tipos de accionistas: el accionista empresario y accionista especulador⁶⁹⁴. Mientras el primero persigue el incremento de valor de la empresa favoreciendo a todos los que de ella se benefician, el accionista especulador busca su propio interés que no coincide con el de la empresa⁶⁹⁵. Ello implica que el peso del poder cae en manos del administrador, en detrimento del inversor.

d) Evolución posterior del debate

Esto desemboca en una visión del interés social por encima del interés individual que contrasta con la visión tradicional societaria heredera del liberalismo, -que identifica a la sociedad como contrato de organización⁶⁹⁶, expresión de la voluntad del socio, siendo el instrumento a través del cual se regula la relación de los socios, y donde el administrador debe ser un mero mandatario que integre la voluntad social y donde el interés social no puede ir más allá que el interés común de los socios-. Por ello, mientras los contractualistas dan primacía a la voluntad de los socios, la corriente institucionalista va ligada al incremento del poder del administrador en detrimento del socio, lo que tuvo especial repercusión en la Alemania del nacionalsocialismo con la ley de sociedades de 1937⁶⁹⁷, que encontró el argumento idóneo para justificar el sometimiento del interés privado al interés del Estado.

Tras la Segunda Guerra Mundial, la influencia institucionalista permanece en la legislación societaria alemana, principalmente mediante la figura de la cogestión⁶⁹⁸. En la ley de sociedades de la década de los sesenta (Ley de sociedades alemana de 1967) se introduce nuevamente la fórmula de la cogestión a través de la cual los representantes de los trabajadores entran a formar parte del órgano de administración de la empresa (concretamente en el órgano de supervisión y vigilancia –*Aufsichtsrat*–). Se introduce así en la ley de sociedades, instrumentos de protección de los trabajadores, lo que supone la difuminación nítida de las fronteras estrictas del derecho de sociedades como un derecho contractual de regulación estrictamente de organización, dando lugar a un sistema tendente a la organización empresarial⁶⁹⁹, desde una perspectiva suprasocietaria. Ello supone la apertura del derecho de sociedades a otros ámbitos más allá de la propia organización de socios, como por ejemplo la protección sindical de los trabajadores⁷⁰⁰. En España también tuvo sus repercusiones, pero se terminó sustituyendo por el sistema de derecho laboral separado del ámbito societario.

⁶⁹⁴ RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p. 186, quien pretendía con esta fórmula salvar la divergencia de intereses entre los distintos tipos de accionistas (empresarios, inversores, especuladores).

⁶⁹⁵ JAEGER, L’*interesse*... ob cit p 22.

⁶⁹⁶ Indica RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p.185, como según esta visión el interés social se configura como elemento de integración del contrato.

⁶⁹⁷ JAEGER, L’*intereses*... ob cit P. 41 y ss. RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit p. 187;

⁶⁹⁸ KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades*...ob cit p.661 y ss; GARCÍA ARCE María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social*... ob cit p. p. 102-103.

⁶⁹⁹ ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p. 96, habla de la perspectiva relativa a la superación del interés social por el “interés empresarial”.

⁷⁰⁰ ULMER, Peter. *Principios*... ob cit p. 158-159, respecto a su introducción de la Ley de cogestión en la sociedad limitada de

En el marco del triunfo político del neoliberalismo en el último tercio del siglo XX, como ya se indicaba más arriba, comienza a desarrollarse en la década de los ochenta el movimiento de *corporate governance* en EEUU, orientado hacia la protección del inversor⁷⁰¹. Las oleadas de escándalos de los años noventa intensifican el interés por el buen gobierno societario en Europa donde comienzan a proliferar los informes y códigos de buen gobierno. Mientras la mayoría códigos parten de una perspectiva contractualista, y adoptan la creación de valor para el accionista como identificación del interés social –como es el caso del Código Olivencia-, otros en cambio se ven influenciados por el resurgimiento de las corrientes institucionalistas, como sucede en el caso del Informe VIENOT-I de 1995⁷⁰².

En muchos ordenamientos se deja ver la influencia institucionalista declarando la necesidad de protección de otros intereses distintos de los accionistas. Así es el caso de la *Company Act* inglesa de 2006, o el código de sociedades mercantiles portugués de 1986, etc... La discusión acerca del alcance de dichos preceptos, que también tiene lugar en España (127 bis de la antigua LSA), junto con la crisis global, mantiene el debate vivo y en plena actualidad.

B. LA CREACIÓN DE VALOR PARA EL ACCIONISTA COMO INTERÉS SOCIAL.

a) La perspectiva contractualista

En respuesta a la concepción del interés social como algo que trasciende al propio interés de los socios, se presenta la perspectiva contractualista que tiende a concebir la cuestión desde un ámbito formal, esto es, poniendo la atención en los instrumentos contractuales que constituyen a la sociedad, entendiendo ésta como una red de contratos⁷⁰³, que regulan la relaciones jurídicas que subyacen de la relación societaria. A través del contrato de sociedad los socios formalizan su voluntad de asociarse, pero al igual que todo contrato, es un contrato incompleto⁷⁰⁴. Éste lo es en mayor medida, por estar diseñado para organizar las decisiones futuras de los socios en la explotación de su actividad, según vayan sucediéndose en el normal desarrollo de la sociedad. La toma de decisiones futuras se han de articular orgánicamente, puesto que los socios no pueden manifestar su voluntad constantemente, ya que sería difícil pretender filtrar todas las decisiones por la junta general, pues además de costoso, sería imposible, no sólo por la magnitud de las decisiones, sino también por la condición del accionista como inversor y no como gestor profesional. Ya que los socios no pueden decidir en todo momento acerca de todos los asuntos concernientes a la sociedad, han de

⁷⁰¹ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 95 y ss. GONDRA “La Teoría contractual...” Ob cit p. 1172 y ss.

⁷⁰² Establece el informe: “...el interés superior de la propia persona jurídica [...]su interés general común, consistente en garantizar la prosperidad y la continuidad de la sociedad”(I.1º la finalidad de la misión del Consejo, Informe VIENOT “Le Conseil d’Administration des Sociétés Cotées”

⁷⁰³ Posturas contractualistas desde el ámbito de la economía de la empresa ARRUÑADA, B. *Teoría contractual de la empresa*. Ob cit 484 p.; desde el punto de vista jurídico ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social...*ob cit. p. 26.

⁷⁰⁴ según ALFARO el contrato incompleto por excelencia, en el sentido de que no prevé muchas contingencias futuras, y se limita a designar los sujetos que tendrán que tomar las decisiones futuras según vayan sucediendo, por lo que se ha de ir completando con el desarrollo de la actividad, ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social...*ob cit. p. 26.

delegar su voluntad en el órgano de representación y gestión, confiando en la organización, decisión y criterio del administrador⁷⁰⁵.

Desde esta perspectiva, un importante sector de la doctrina ha entendido la función del administrador, como la de un mandatario que vela por los intereses de la sociedad velando por el interés de los socios, sometidos al interés de estos, con el deber de actuar, y por tanto, de completar el contrato social, imaginando que habrían decidido los socios en caso de haber decidido directamente⁷⁰⁶. Para ello, se considera como el mejor criterio del fin social, el criterio objetivo de la “creación de valor” para el accionista (*shareholder value*), donde el interés directo del socio sólo se puede identificar con una perspectiva económica, el incremento patrimonial⁷⁰⁷, lo que se corresponde con el incremento del valor de su acción. Ello implica que el interés social no se puede identificar más que con el interés exclusivo de los accionistas, que no es otra cosa que la maximización del valor bursátil de sus activos. Esta visión descansa en la idea liberal de la idoneidad del mercado como el más adecuado parámetro para establecer los precios de los activos. Se trata pues, de una concepción financiera del interés de la empresa, que tiende a dar preeminencia al valor de los recursos financieros más que a la productividad de bienes y servicios⁷⁰⁸.

b) La formulación de la perspectiva contractualista

El criterio de la *shareholder value*, traducida al castellano como *creación de valor para el accionista*, tiene su origen en EEUU, a raíz de los trabajos de RAPPAPORT⁷⁰⁹, y se traduce en la exigencia a los administradores, de actuar en consecuencia con el incremento de valor de la compañía y del valor de la acción de los socios como criterio de decisión, en el desempeño de su cargo. La práctica habitual de retribución del administrador en función de los beneficios conlleva un alineamiento de intereses que motiva al administrador a la persecución de dicho interés⁷¹⁰. Esta lealtad del administrador al valor de la acción y al socio, implica una tendencia formalista de separación total entre empresa y sociedad. Tras todo ello, se encuentra la idea de defensa del inversor como propietario del capital, frente al poder del administrador. Esa es la vinculación al desarrollo paralelo del movimiento de *corporate governance*, en cuyos códigos de actuación fue predominante, en un principio, la regla de la *shareholder value*.

RAPPAPORT parte de que existen cuatro factores en el mercado que sirven como mecanismos de alineación de intereses entre administradores y accionistas: la

⁷⁰⁵ ESTEBAN VELASCO G. “Artículo 209...” ob cit. p. 1482.

⁷⁰⁶ ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente...* ob cit p. 22 y ss.

⁷⁰⁷ Decía FRIEDMAN que la responsabilidad e los administradores era la de llevar el negocio de acuerdo a los deseos de sus empleadores (los accionistas), de tal manera que generalmente será hacer tanto dinero como sea posible (FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32).

⁷⁰⁸ Esa sería la opinión de los críticos a dicha concepción. Sobre ello vid. RODRIGUEZ FERNANDEZ, José Miguel. *El gobierno de la empresa...* ob cit p. 28 y ss.; ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit. p.49, y vid también páginas 28,33 y 37.

⁷⁰⁹ En 1986 se publica la primera edición de la obra de RAPPAPORT, *La Creación de valor para el accionista*, que supone un referente para la mayoría de códigos de corporate governance (RAPPAPORT, *La creación de valor para el accionista: una guía para inversores y directivos*. Bilbao: Deusto, 1998, p. 22 y ss).

⁷¹⁰ A este aspecto se refiere SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE *Creación de valor...* ob cit. p.36.

posición sustancial de los directivos en la propiedad, el sistema de remuneración vinculada al beneficio de la sociedad, la amenaza que supone el mercado de control societario para la mala gestión de los directivos, y la existencia de mercados de trabajo competitivos para los directores de las grandes empresas⁷¹¹. Estas condiciones del mercado que implican una alineación natural de intereses, es la que induce – afortunadamente dice RAPPAPORT- a los directivos a tomar en cuenta el interés social de maximización del valor⁷¹². El argumento esencial de la creación de valor para el accionista, descansa esencialmente en un criterio de eficiencia. La evidencia de que maximizar el valor de la empresa, la hace más competitiva y reduce el coste de capital, no son los únicos argumentos, sino que además es el criterio más favorable para todas las partes⁷¹³. Afirmar RAPPAPORT que “*sin valor para el cliente no puede haber valor para el accionista*”, lo que se manifiesta no es otra cosa que el beneficio social está implícito en dicha competitividad⁷¹⁴. Es decir, gracias a que la empresa es competitiva, se ofrece mejor producto o servicio a mejor precio, se produce más, se da más trabajo, y se contribuye más a las arcas del Estado, con cuyos recursos se han de perseguir legítimamente el interés general⁷¹⁵. Todo ello sin olvidar el carácter general de la figura del accionista dentro de la sociedad (En 1998, aproximadamente el 40 por ciento de los hogares en EEUU tenía dinero invertido en acciones de empresas⁷¹⁶). En este sentido, dicha perspectiva supone la negación a ningún otro interés de forma directa, que no sea el propio de los socios, suponiendo así una posición contraria a la RSC. La función del administrador y de la empresa es crear valor, que redundará lógicamente en el accionista. Lo demás, la apreciación de cualquier otro interés, es tarea para el legislador, y no puede serlo del administrador que ni puede ni debe saber que es lo mejor para el interés general de la sociedad⁷¹⁷. En caso contrario, adoptando un sistema de RSC, el administrador adquiere una coartada, que le permite justificar sus errores⁷¹⁸.

La regla de la *shareholder value* se basa en la idoneidad de los mercados financieros para fijar correctamente los precios de la acción. Su influencia fue predominante en los primeros códigos de *corporate governance*, (aunque hubo otros cuya redacción se alejó de dicha regla, como el informe VIENOT-I 1995). En España, el criterio de la *creación de valor para el accionista* la tuvo una gran influencia⁷¹⁹ sobre todo por las tesis del análisis económico del derecho, de fuerte influencia en la elaboración del Código Olivencia⁷²⁰, y cuya adopción, tal y como indica el propio código, se debe a tres motivos principales: primero por tratarse de una directriz clara, segundo porque “*favorece la formación de capital y la correcta asignación de recursos*” y en tercer lugar “*acompaña eficientemente el diseño de la organización a los incentivos y riesgos de todas las partes implicadas en la empresa.*”

⁷¹¹ RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit p. 22

⁷¹² RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit p. 25

⁷¹³ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Creación de valor...* ob cit p.32

⁷¹⁴ RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit. p. 28

⁷¹⁵ No obstante, hay que señalar una cierta contradicción en la aplicación práctica de dicho argumento, pues existe cierta vinculación ideológica –aunque no necesariamente- entre la creación de valor y los sectores más abstencionistas o neoliberales. Puede resultar extraño que dicho argumento de la legitimidad estatal, sea esgrimido por aquellos que tienden a reducir al mismo a la mínima expresión. RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit. p. 27-28

⁷¹⁶ RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit p. 33

⁷¹⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Creación de valor...* ob cit p. 37 ; RAPPAPORT, A. *Creación de valor...* ob cit p. 25.

⁷¹⁸ RUIZ MUÑOZ, M “Un apunte crítico...” ob cit. 193-194.

⁷¹⁹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE. “La creación...” ob cit. 38 y ss

⁷²⁰ ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p. 100 y 102.

El criterio del incremento del valor de la acción, o el de la creación de valor, como directriz que guía la gestión del administrador, se presenta como la solución más acorde a la naturaleza contractual de las relaciones que subyacen a la sociedad⁷²¹. El ordenamiento establece conexión entre el deber de lealtad del administrador y la causa del negocio⁷²² de tal manera que el administrador no puede actuar en contra del interés de la empresa, sino en interés de la misma, que no puede ser otra cosa que el incremento del beneficio, salvo que la propia sociedad expresamente autorice lo contrario, y ello se traduce en que el administrador debe gestionar de tal manera que tienda a incrementar el rendimiento, o maximizar el valor empresarial, que llámese como se llame, se trata del aumento del valor de las acciones. No obstante, pese a que la naturaleza contractual de las relaciones societarias difícilmente pueda obviarse, la *shareholder value* en su formulación financiera más estricta ha pasado a ser criterio discutido en la doctrina económica⁷²³. La predominancia de la *shareholder value* empezó a ser discutida a raíz las diversas crisis empresariales que han supuesto un replanteamiento de sus postulados desde diversos ámbitos. El Informe Aldama, o el Código Unificado de Buen Gobierno abandonan la creación de valor para el accionista en su sentido más estricto, en beneficio de un criterio de maximización de valor empresarial, más flexible y amplio que el estrictamente financiero⁷²⁴. Nuestra Jurisprudencia que ha tenido generalmente una concepción contractualista del interés social⁷²⁵, no obstante, en ocasiones, se ha dejado seducir por la posibilidad de otras vías de persecución del interés social, como por ejemplo en la Sentencia de 19 febrero de 1991, reiterada en la 1086/2002, de 18 de noviembre cuando dice "[e]l requisito del beneficio de uno o varios socios, no hay que entenderlo exclusivamente en el sentido de puro interés económico, sino que también puede consistir en cualquier ventaja de carácter político-social o profesional".

c) Las posiciones críticas con la teoría contractual

La determinación del valor máximo de la acción es una cuestión muy discutida⁷²⁶, y no existe unanimidad en términos económicos que el maximizar el dividendo, o el precio actual de la acción, implique necesariamente el máximo valor para la empresa. Medidas que a corto plazo⁷²⁷ ocasionan pérdidas pueden ser positivas para la prosperidad de la compañía⁷²⁸ y para el aseguramiento de rentabilidades futuras. La teoría económica establece que las decisiones de las empresas, tanto a largo como a corto, se reflejan en su valor de mercado⁷²⁹, (que se calculan en función del valor actual

⁷²¹ Así lo puso de manifiesto FRIEDMAN "The Social Responsibility..." ob cit p.32.

⁷²² RIBAS, V. "Artículo 226..." ob cit p.1610, y 1625.

⁷²³ Acerca de la pérdida de peso de la *shareholder value* SANCHEZ-CALERO GUILARTE. "La creación..." ob cit. p.28

⁷²⁴ SALAS FUMÁS, Vicente. "¿Sustituye la responsabilidad..." ob cit. p. 12.; RODRIGUEZ FERNANDEZ, J.M. *El gobierno...* ob cit p. 17 y ss.

⁷²⁵ Sentencia del TS 825/1998 de 18 de septiembre, STS 193/2000 de 04 de marzo, STS 186/2006 de 7 de marzo, 400/2007 de 12 de abril, STS 1686/2012 de 17 de enero por citar algunas.

⁷²⁶ SANCHEZ-CALERO GUILARTE. "La creación..." ob cit. 30

⁷²⁷ El problema reside en la ambigüedad que genera la distinción entre el largo y corto plazo, dado que ello sirve para legitimar decisiones que redundarán en un beneficio futuro como indica RUIZ MUÑOZ "Un apunte crítico..." ob cit p. 187.

⁷²⁸ ESTEBAN VELASCO, *El poder...* ob cit. p. 589-590

⁷²⁹ CUERVO GARCIA, A (dir.) *et al. Introducción a la Administración de Empresas*. 5ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p.121 y 125 y ss.

neto –o VAN- de sus flujos de caja a una tasa de descuento razonable en riesgo e inflación). No obstante, la determinación de los precios en el mercado no siempre se ha realizado de la forma más idónea, donde la experiencia demuestra que la volatilidad y fragilidad de los precios de los valores, su sensibilidad a los distintos tipos de crisis, y la facilidad con que crecen y se deshinchon en el seno de las múltiples *burbujas financieras*, determinan la inseguridad del mercado. Y de acuerdo con ello, muchos críticos opinan que dejar en manos del mercado la medición o valoración de la conducta del administrador, no es siempre adecuado, teniendo en cuenta dichas inseguridades y los errores en que se puede incurrir (fallas del mercado)⁷³⁰. Los operadores del mercado que influyen en la oferta y la demanda, y por tanto en la determinación del precio, no son omniscientes y la valoración de la empresa que a largo plazo tiende a ajustarse en función de los fundamentos de la vida real, en el corto plazo se puede desvirtuar a consecuencia de las posiciones especuladoras⁷³¹.

El riesgo que entraña una valoración de la diligencia del administrador en criterios exclusivamente de contabilidad financiera, no está sólo en la valoración posterior, sino en la actitud *ex ante* que marcará las decisiones de aquel, tales como la elección de criterios contables que maximicen el valor, realizar “valores ocultos” de la sociedad, evitar inversiones óptimas con periodos de recuperación a medio plazo, valorando los proyectos sobre la única base del coste de capital, inobservancia de políticas conservativas, etc...⁷³², lo que desemboca en una distorsión de la economía, la contabilidad y el carácter reduccionista de los objetivos empresariales⁷³³. Ello genera el riesgo de diferentes efectos contraproducentes, que generan lo que se pretende evitar, es decir, el enfrentamiento control y propiedad. En tal sentido en la búsqueda del fin de la empresa desde la perspectiva económica⁷³⁴, se ha tratado de no recurrir a un criterio que ahogue la decisión del administrador en su dirección empresarial en criterios únicos de especulación bursátil, y que no esté exclusivamente dirigido al accionista, considerando más adecuada la expresión amplia de *maximización del valor de la empresa*, como el auténtico fin empresarial.⁷³⁵

No obstante hay que tener en cuenta que la valoración de las acciones que se produce (sólo y necesariamente) en los mercados, no sólo se basan en su valor teórico contable presente, sino también en su perspectiva y proyección de futuro (en base a las futuras rentabilidades que proyecta una organización empresarial concreta). Aunque cierto es que no podemos afirmar incondicionalmente que maximizar precio bursátil de la acción es siempre sinónimo de una administración diligente, y que además no es bueno que el único criterio del Administrador se encamine a la maximización del precio actual de cotización, basada en la percepción especulativa, no se puede con ello perder la perspectiva, ya que la maximización del valor de la acción no tiene porque ser un criterio inconveniente si se utiliza una buena técnica contable y financiera, leal, y que trate de reflejar la imagen fiel del patrimonio empresarial, para que la valoración en los mercados se desarrolle en condiciones de normalidad y se forme de manera adecuada el concurso de oferta y demanda, bajo el principio de transparencia y una adecuada

⁷³⁰ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 429 y ss.

⁷³¹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE. “La creación...” ob cit. 66

⁷³² SANCHEZ-CALERO GUILARTE. “La creación...” ob cit. 70-71

⁷³³ ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 42

⁷³⁴ Desde economía de la empresa, la dirección estratégica se dirige se concibe como tarea a largo plazo, donde el fin es la maximización del valor de la empresa. (Vid. JONHSON, Gerry; y SCHOLLES, Kevan. *Dirección estratégica*, 5ª edición, Madrid: Prentice Hall, 2000 p. 10-11).

⁷³⁵ SALAS FUMÁS, Vicente. “¿Sustituye...” ob cit p. 12.

información. Y si ello es así, habrá criterios objetivos suficientes que nos hagan pensar, no sólo que el valor de la acción es directamente proporcional al incremento de valor de la empresa, sino que dicho valor refleja de la manera más adecuada el auténtico valor empresarial.

C. LAS TEORÍAS INSTITUCIONALISTAS DEL INTERÉS SOCIAL, Y LA DEFENSA DE LOS ACREEDORES PRECONCURSALES

a) La perspectiva institucionalista

La reaparición con fuerza de la argumentación institucionalista es alentada por el desarrollo de la Responsabilidad Social Corporativa⁷³⁶, como consecuencia del escepticismo que comienzan a generar, en la década de los noventa las frecuentes crisis empresariales de trascendencia social, que tienen lugar en el momento en que paralelamente comienza a tomar impulso el desarrollo del movimiento del gobierno corporativo (y por ello como respuesta a las llamadas “*disfuncionalidades del modelo*”)⁷³⁷. La influencia contractualista que un principio parece inspirar al movimiento de *corporate governance* desde su surgimiento en el derecho angloamericano (tal y como se observa en un primer momento en el informe Olivencia), encuentra oposición en los argumentos institucionalistas como respuesta a una perspectiva basada esencialmente en la creación de valor para el accionista como criterio de gestión y por tanto de valoración de los directivos⁷³⁸, y el protagonismo que empezarán adquirir desde ciertos sectores del derecho privado (y especialmente en esta materia) las teorías basadas en el análisis económico del derecho frente a los defensores de la tradicional dogmática jurídica⁷³⁹. Pero no queda aquí la dimensión de un debate que además trasciende de lo jurídico a otras ramas científicas, y de lo societario (o empresarial) a lo social, y por ello susceptible de quedar sometido a los prejuicios ideológicos que condicionarán el desarrollo de la discusión en los diferentes ámbitos. Desde una perspectiva general -y sin ánimos de ser exhaustivo por la multiplicidad de posturas a las que la cuestión puede dar lugar- podemos hablar de cierta polarización del debate, en torno a dos posiciones que surgen, por un lado, de la vinculación entre las perspectivas contractualistas y el neoliberalismo económico, y por otro lado entre la posición institucionalista con las corrientes más intervencionistas⁷⁴⁰. Lo que se pretende

⁷³⁶ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación de valor...” ob cit p.8

⁷³⁷ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 99.

⁷³⁸ Como indica ESTEBAN VELASCO, la relevancia de la cuestión del debate del interés social está en saber a que deben responder los administradores en su actuación “¿Al servicio de quien están los administradores? ¿Ante quienes responden? [...] ¿Quiénes pueden exigirles responsabilidad y con que instrumentos?”. ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p.18.

⁷³⁹ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 100 y ss. Sobre los defensores de la dogmática jurídica vid GONDRA, José María. “¿Tiene sentido ...” ob cit p. 1657 y ss. Vid también “La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teóricos económicos” en *Revista de Derecho Mercantil* num. 278, octubre-noviembre, 2010. p. 1171 y ss.

⁷⁴⁰ Pese a que dicho esquema carece de rigor a efectos jurídicos por cuanto excede de dicho ámbito, el interés responde a la ubicación de aquellas perspectivas contractualistas que parten del análisis económico del derecho (como es el caso de importante sector doctrinal encabezado por PAZ-ARES, ALFARO, etc.), y que configuran el gobierno corporativo basado en la creación de valor, y la autorregulación, con las llamadas corrientes neoliberales que han inspirado la política económica del fin del siglo XX. En este sentido EMBID IRUJO, “La Responsabilidad

poner de manifiesto es la sensibilidad del debate sobre la concepción de interés social, a las crisis económicas que producen una alternancia en las orientaciones de política económicas⁷⁴¹, y que produce un efecto pendular en los argumentos jurídicos en defensa de una u otra posición⁷⁴².

Como respuesta a las distintas crisis económicas, “*burbujas*” bursátiles, escándalos empresariales, etc., se puede entender que lo que desde la perspectiva institucionalista se reclama es la necesidad de tomar conciencia del fracaso de determinadas líneas seguidas en el control del gobierno societario, y con ello de la ineficacia de los principios de la creación de valor para el accionista y la autorregulación, en que han descansado buena parte de los sistemas de gobierno corporativo, y que no han eximido de una reconsideración de la valoración bursátil como criterio supremo, ni de una urgente reforma legislativa –encaminada al incremento de la transparencia- que se ha llevado a cabo en la mayoría de los ordenamientos. Ello implica la reivindicación de la apertura de nuevas líneas de actuación empresarial basadas en consideraciones éticas⁷⁴³, y en la responsabilidad empresarial, como respuesta a los fallos y perversiones del mercado, y con ello la estimulación de los sistemas basados en la Responsabilidad Social Corporativa que implique una autentica legitimación social⁷⁴⁴ al sistema de empresas privadas mediante de un sistema moral compartido que ayude al mantenimiento de la –*seriamente dañada*-economía de mercado⁷⁴⁵. Todo ello está íntimamente conectado con la función social de la propiedad⁷⁴⁶, al componente constitucional-económico⁷⁴⁷, y con la idea de la inadecuación de dejar en manos de los mercados las cosas que afectan a la generalidad de los ciudadanos. Todas estas consideraciones se maximizan con la globalización

social...” ob cit p. 17 y ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p. 105 Y 100, al triunfo neoliberal del debate sobre el interés social, ob cit p.97.

⁷⁴¹ Así, si por ejemplo, tras la crisis del petróleo, y el llamado fracaso de las políticas keynesianas preparan el caldo de cultivo para el desarrollo de las políticas neoliberales, donde tiene lugar el desarrollo del *corporate governance*, las posteriores crisis financieras y empresariales de finales del XX y principios del XXI, generan un escepticismo en el mercado, y el correspondiente resurgir de las tesis institucionalistas que se plantean la reformulación del sistema, del interés social, la autorregulación, etc. Prueba de ello es la oleada de medidas legislativas que tiene lugar en la mayoría de los ordenamientos (Sarbanes Oxley, Ley de Transparencia, etc.), en los primeros años del nuevo siglo, como consecuencia de los grandes escándalos financieros, y que parecen indicar una reformulación de la tendencia a la autorregulación.

⁷⁴² SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. “El interés social...” ob cit. p. 1659.

⁷⁴³ GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial...* ob cit p. 92 y ss. Desde la crítica a la empresa amoral dice este autor: “Hablar de la perspectiva ética en la empresa es hablar de cómo es posible cumplir este respeto a la dignidad de todos aquellos que participan, que tienen intereses en la empresa. El dialogo es, en este sentido, el camino y la meta para conseguirlo.” ob cit p. 94.

⁷⁴⁴ Esta es la idea que está latente en EMBID IRUJO cuando reclama la necesidad de reforzar la “legitimidad de la empresa” en beneficio de la Economía de mercado seriamente dañada (EMBID IRUJO “La Responsabilidad Social...” ob cit p.17), cuando considera que la “Responsabilidad social corporativa puede considerarse, por ello, una tendencia orientada a reforzar la legitimidad de la empresa y, a la vez, del sistema económico de mercado, mediante el reconocimiento de su inserción en la estructura social y a través de la afirmación de su compromiso con los diversos grupos de interesados y con el espacio local en que se asienta”(ob cit p.16).

⁷⁴⁵ Es la idea que pone de manifiesto ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p.16.

⁷⁴⁶ VELASCO SANPEDRO “El gobierno...”ob cit p.3012 y ss; ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p. 40-41 respecto del principio de libre iniciativa; SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. “El interés social...” ob cit. p. 1668

⁷⁴⁷ ALONSO LEDESMA, Carmen. *La exclusión del derecho de suscripción preferente en sociedades anónimas*. Madrid: McGraw Hill, 1995, p. 23. “no resulta difícil percibir que tal interés resulta inficcionado de un componente publicista que en un plano general se muestra en la normativa de índole constitucional-económico.”. Conviene aquí hacer referencia a DUQUE DOMINGUEZ, *La tutela de la minoría. La impugnación de acuerdos lesivos*. Valladolid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1957. p. 83, que entendía que una identificación absoluta del interés social con el de la economía nacional, llevaría a la nacionalización de la sociedad, lo que supondría la desaparición derecho societario como derecho privado.

económica⁷⁴⁸, y con el crecimiento económico y geográfico de las grandes empresas en sectores estratégicos, que terminan tomando decisiones relevantes en la vida de los ciudadanos, y cuyo interés individual está subvencionado por el propio Estado⁷⁴⁹.

b) Los argumentos de la posición institucionalista del interés social

La formulación primitiva de la teoría de la empresa en sí (*Unternehmen an sich*), que implica el primer intento de corrección de las “disfuncionalidades” contractualistas, se basa en la consideración de la empresa como el elemento de organización y autonomía e individualidad propia, frente al formalismo societario, y con ello la supremacía del interés empresarial⁷⁵⁰ frente al interés individual y egoísta de los socios⁷⁵¹. Esta percepción de la realidad societaria parte de la consideración de distintas clases de accionistas: los accionistas-empresarios que controlan los derechos políticos y gestionan la empresa, y los accionistas especuladores o inversores que persiguen un interés puramente individual independientemente del interés de la empresa en sí⁷⁵². Esta perspectiva implica dos consecuencias necesarias: el papel predominante del órgano de administración frente a los accionistas, y el papel predominante de la empresa frente a la sociedad. Respecto de lo primero, requiere confiar las implicaciones éticas de buen gobierno en la reforzada figura del administrador⁷⁵³, como garante del buen gobierno, de la protección de los socios, e intérprete de la responsabilidad social corporativa⁷⁵⁴, lo que conlleva los riesgos que a tal criterio se aparejan. La argumentación de un incremento en la autonomía del administrador surge al ponerse de manifiesto la existencia de una pluralidad de intereses en la sociedad, y con ello de una pluralidad de categorías de intereses de los socios, y que pone de manifiesto la dificultad de determinar qué es el interés común de aquellos, pues entre los mismos existen intereses contrapuestos, que pueden ser incluso contrarios al propio interés social⁷⁵⁵. Junto con todo ello, se desestima el criterio de la creación de valor para el accionista como determinación de buen gobierno, dando paso a otras consideraciones que dependen de la elección de distintas opciones, que no se basen necesariamente en el valor bursátil, encaminadas a la alineación del interés empresarial y de los restantes grupos de interés que entran en contacto con la empresa: capital humano, la relación con los proveedores, satisfacción del consumidor⁷⁵⁶. Todo ello implica postergar el interés social y constituir un interés empresarial que de cabida a grupos más allá del interés exclusivo del socio. La perspectiva institucionalista de la sociedad implica la afirmación de una dualidad entre sociedad y empresa. El derecho empresarial se configura a través de la forma jurídica de la sociedad, pero con la empresa como institución encaminada a la organización y explotación de una actividad, se reclama desde esta orientación el

⁷⁴⁸ PERDIGUERO, Tomas G. *La responsabilidad social...* ob cit p. 179 y ss., desde el punto de vista de la RSC en un mundo globalizado.

⁷⁴⁹ GALGANO *Las instituciones...* ob cit p.67 y ss; SANCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p.10-11.

⁷⁵⁰ ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p.96

⁷⁵¹ Visión de un capitalismo sin propietarios activos que era más o menos defendida por VEBLEN, COMMONS, KEYNES, DODD, BERLE Y MEANS, como indica RUIZ MUÑOZ, “Un apunte crítico...” ob cit p.186.

⁷⁵² JAEGER, *L’interesse...* ob cit p.15 y 20 y ss; ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p.96-97.

⁷⁵³ RUIZ MUÑOZ “Un apunte crítico...” ob cit p.

⁷⁵⁴ ESTEBAN VELASCO “El interés social...” ob cit p.41.

⁷⁵⁵ ESTEBAN VELASCO “El interés social...” p.26.

⁷⁵⁶ ESTEBAN VELASCO “El interés social...” p.48.

reconocimiento de un interés de empresa⁷⁵⁷ y por tanto también de una empresa organizada como grupo (interés grupal)⁷⁵⁸, que es una realidad en el tráfico jurídico que el derecho no puede ni debe obviar⁷⁵⁹. Detrás de todo ello late la idea de la función social de la propiedad, donde las grandes empresas ejercen una influencia social de tal manera que han dejado de ser privadas para convertirse en instituciones sociales⁷⁶⁰.

Es fácil advertir que uno de los principales riesgos de esta orientación –como ya se ha apuntado desde otros sectores doctrinales⁷⁶¹– es la arbitrariedad de elección que implican las consideraciones éticas que deban tener los administradores, donde no será fácil distinguir si nos encontramos ante una opción de administración de buena fe o ante prácticas abusivas discrecionales, que revestidas de medidas éticas dirigidas a otros grupos de interés, escondan en realidad la persecución de intereses propios de los administradores en perjuicio de los accionistas⁷⁶². Todo ello se pone de manifiesto en situaciones de crisis empresarial, donde la sensibilidad a las cuestiones éticas decrece en beneficio de la consideración del interés social frente al riesgo de la aportación. Y ahí es precisamente a donde se pretende dirigir la cuestión del interés social, es decir, en determinar si estaría justificada la actuación de un administrador buena fe encaminada a favorecer a otros grupos, en los momentos de dificultades empresariales, en detrimento del interés del socio o incluso de la sociedad⁷⁶³.

c) La posición institucionalista y el interés social de la empresa en crisis

En situaciones de dificultad (crisis empresarial preconcursal, riesgo de insolvencia o insolvencia inminente, etc.) se producen colisiones de interés entre socios y acreedores, y donde la actitud o pericia del administrador en la elección de las medidas a adoptar, resulta esencial para la viabilidad futura de la empresa. Aunque por regla general, la actitud a seguir por los administradores tendrá por objeto el saneamiento económico que permita la subsistencia de la empresa, ello puede implicar medidas de no información o riesgo de determinados créditos (generalmente de los acreedores de menor fortaleza), o medidas especulativas o arriesgadas que salven *in extremis* la aportación social que ya está perdida. Los acreedores por su parte preferirán medidas conservativas encaminadas a la satisfacción de sus créditos. Ante esta situación el administrador puede verse en un fuego cruzado de intereses, que son susceptibles de

⁷⁵⁷ ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit p.96

⁷⁵⁸ DE ARRIBA FERNANDEZ. *Derecho de grupos...* ob cit p. 222-223; EMBID IRUJO, José Miguel “Pautas de análisis...” ob cit p.192 y ss.

⁷⁵⁹ EMBID IRUJO *Introducción...* ob cit p.7 y ss y 55 y ss.

⁷⁶⁰ GONDRA “La Teoría contractual...” ob cit. 1181.

⁷⁶¹ ESTEBAN VELASCO “El interés social...” ob cit p. 24, SANCHEZ CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit. Idea que desde la economía puso de manifiesto FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32-33.

⁷⁶² RUIZ MUÑOZ “Un apunte crítico...” ob cit p. 194-195 ; vid tb. DUQUE DOMINGUEZ, Justino. *La tutela de la minoría...* ob cit p. 68, donde considera que el concepto de interés social es el concepto clave que permite construir la protección de los accionistas minoritarios.

⁷⁶³ Como dentro del ámbito del deber general de diligencia ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p. 47 y ss. Desde la perspectiva contractualista, ya puso de manifiesto FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 32-33 los peligros de dejar que el administrador defienda otros interés más que los de sus “empleadores” (la responsabilidad de los administradores es la de llevar a cabo el negocio de acuerdo con los deseos de sus empleadores que generalmente será hacer tanto dinero como sea posible), pues lo contrario supone fortalecer la arbitrariedad del administrador, que al atender al interés general realiza una actividad política, y ello supone claudicar ante la idea de mecanismos políticos frente a los mecanismos del mercado.

lesión, y de los que puede ser responsable (236 y ss LSC), por lo que tendrá en su gestión que decidir en algunos casos en beneficio de unos y en perjuicio de otros. Se trata por tanto de determinar si, tal y como se extrae de las argumentaciones institucionalistas, el concepto de interés social tiene un contenido relativo que no se refiere al interés exclusivo del socio⁷⁶⁴, y por tanto que admite cierta discrecionalidad del administrador a la hora de ponderar intereses de diferentes grupos en situaciones de crisis, donde la determinación del Ordenamiento dista mucho de ser clara en este aspecto (sobre todo la redacción 225 y ss LSA.).

Por tanto, en la labor de determinación de la conducta del administrador en situaciones de crisis preconcursales, se nos plantea la cuestión de si partiendo de los postulados institucionalistas, se puede afirmar la existencia de una serie de deberes fiduciarios preconcursales de los administradores frente a los acreedores⁷⁶⁵, y en caso de que así sea, si estos encuentran su fundamento en un concepto amplio de interés social, con la trascendencia que ello conlleva en el régimen de responsabilidad de los administradores. Si bien es cierto que en determinados casos se podrán ponderar intereses en riesgo y adoptar medidas que supongan el beneficio futuro de todas las partes, la problemática se da en las situaciones de incompatibilidad de intereses. Si los administradores adoptan medidas responsables a favor de los acreedores que implican la satisfacción de sus créditos, cuando no existen mandatos legislativos claros en tal dirección (sino por ética) -pero lo que desemboca en el inevitable cierre de la empresa-, cabe la duda de si podremos considerar dicha medida comprendida dentro del concepto de interés social. Desde una orientación institucionalista es admisible que la actuación socialmente responsable implique medidas de perjuicio de los socios. Pero más dudosa es la cuestión cuando se plantea en admitir que es interés social de la empresa actuaciones que se encaminan a la disolución de la misma. La respuesta institucionalista es la de tomar en consideración el concepto de *interés empresarial* en detrimento del concepto de *interés social*.

⁷⁶⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit p. 271.

⁷⁶⁵ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

CAPÍTULO TERCERO.

LOS DEBERES PRECONCURSALES DE LOS ADMINISTRADORES ANTE LA CRISIS EMPRESARIAL

I. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO. 1. Introducción: problemática interpretativa en el derecho español. 2. Aproximación al concepto de crisis. A. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL. a) Crisis empresarial. b) Insolvencia, desbalance e infracapitalización. c) Deslizamiento hacia la insolvencia. d) Proximidad a la insolvencia y precurso
B. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO. a) Crisis societaria. b) Crisis concursal. a El interés concursal. b La sociedad insolvente: Insolvencia actual como concepto dinámico. c Insolvencia inminente. **c) Interés concursal Vs Interés social. 3. La Responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis. A. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN CRISIS EN EL DERECHO COMPARADO. a) Derecho inglés: wrongful trading b) Derecho EEUU c) Derecho alemán d) Derecho francés e) Derecho italiano B. TIPOS DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR CRISIS EMPRESARIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL a) El sistema español frente a los sistemas comparados b) La responsabilidad societaria por no disolución c) Responsabilidad concursal en Derecho Español a.** La responsabilidad del administrador b. Los deberes preconcursales en la Ley concursal C. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DEL ADMINISTRADOR FRENTE A LOS ACREEDORES CONTRACTUALES. **a) La naturaleza de la acción de responsabilidad del administrador. b) Responsabilidad por las obligaciones contractuales de la sociedad. c) Delimitación de los ámbitos de las acciones en base al “patrimonio sobre el que incide el daño”. a.** Acción social. b. Acción individual. **d) Responsabilidad orgánica frente a los acreedores Anteriores y posteriores a la situación de crisis empresarial. D. PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACCIONES EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS EMPRESARIAL. a) La cuestión de la compatibilidad entre las distintas acciones de responsabilidad frente a los administradores. b) Efectos de la declaración del concurso sobre la acción social de responsabilidad. c) Efectos de la declaración del concurso sobre la responsabilidad individual (art. 241 LSC). d) Efectos de la declaración del concurso sobre la acción de responsabilidad por deudas (art. 637 LSC).** **II. EL DEBER DE INFORMACIÓN. 1. Introducción. 2. Deberes de información como deber general de diligencia. A RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LOS DEBERES INFORMATIVOS DE LA SOCIEDAD. a) Deberes informativos de la sociedad como parte del contrato. b) Deberes informativos del administrador como órgano societario. B. DEBER DE INFORMAR ACERCA DE LA CRISIS EMPRESARIAL. 3. Deber de información en los supuestos de insolvencia. 4. Deberes de información en la proximidad a la insolvencia. A. DEBERES INFORMATIVOS EN GENERAL. a) deberes informativos en las situaciones de proximidad a la insolvencia. b) Sobre la inexistencia de un deber específico de información en la proximidad a la insolvencia. B) EL DEBER DE INFORMACIÓN EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS. a) El deber de información en el supuesto de infracapitalización de la sociedad. a.** Responsabilidad por infracapitalización como responsabilidad por no información. b. Inadecuada extensión de responsabilidad de la sociedad al socio. c. Infracapitalización e insolvencia. **b) Extensión de responsabilidad por confusión de patrimonios o esferas. C. DEBER DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CRISIS DISOLUTIVA a) El deber de información del administrador en la crisis disolutiva. b) La responsabilidad del 367 LSC como deber de información. a.** El fundamento

informativo-contable del artículo 363.1.e. b. La responsabilidad por no disolución sobre la base del tercero de buena fe. c. Tendencia jurisprudencial: asunción de la doctrina del tercero de buena fe. d. Propuesta interpretativa: el deber de disolución como deber de información contractual. **5. Conclusión: Recapitulación de los deberes informativos. III. DEBERES DE CONSERVACIÓN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD. 1. Introducción. 2. La responsabilidad frente a los acreedores anteriores a la situación de crisis. A. REPONSABILIDAD POR NO PROTECCION DEL PATRIMONIO SOCIAL. a) Protección del patrimonio en el ámbito concursal. b) Protección del patrimonio en el ámbito societario. B. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS. a) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no disolución. b) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no promover el concurso. 3. Los deberes de conservación patrimonial en la proximidad a la insolvencia. A. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN COMO MEDIDAS PRECONCURSALES. a) Las acciones de reintegración en la Ley concursal. b) El concepto amplio de perjuicio patrimonial. c) Desconexión de las acciones de reintegración con el presupuesto subjetivo. B. INSOLVENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN. a) Insolvencia de fondo. b) Crisis irreversible e insolvencia probable. c) Responsabilidad por la asunción de riesgos.**

I. LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO.

1. Introducción: problemática interpretativa en el derecho español.

La finalidad del presente trabajo es la de indagar acerca de la cuestión de los deberes de los administradores de las sociedades en las situaciones de crisis empresarial. Dichos deberes han de ser considerados necesariamente desde una doble perspectiva: por un lado desde la sociedad (o de sus socios) como entidad de la que el administrador es órgano de gestión y representación⁷⁶⁶, y por otro lado desde la perspectiva de los acreedores como damnificados potenciales de la crisis empresarial, y por tanto, susceptibles de sufrir un daño indirecto a consecuencia de la actuación de los administradores⁷⁶⁷. Se trata, en definitiva, de la consideración de ambas partes –deudor y acreedor– como titulares de intereses contrapuestos, que dependen de una concreta actuación del órgano de administración societario. Por tanto, el estudio de dichos deberes depende también de la consideración o alcance de los intereses de los acreedores en las situaciones de crisis empresarial, como cuestión a tener en cuenta en la determinación de los criterios que han de inspirar la diligente actuación de los administradores. En este sentido se ha hecho referencia a la cuestión del interés social (como fin de la actividad gestora del administrador), como concepto que pueda trascender del interés directo de los socios, es decir, que pueda incluso comprender el interés de los acreedores, en situaciones de proximidad a la insolvencia, incluso de

⁷⁶⁶ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...”, ob cit p. 184.

⁷⁶⁷ VICENT CHULIA, F. “La responsabilidad...”, ob cit p.23; ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...”, ob cit p.184 y ss, en relación a los supuestos de intromisión lesiva del administrador, en la formación y ejecución de los contratos.

forma excluyente al interés de los propios socios⁷⁶⁸. En ello trasluce una concepción institucionalista del interés social, que pretende dar soluciones a determinadas situaciones de proximidad a la insolvencia que generan graves perjuicios en el patrimonio del acreedor y que en muchas ocasiones escapan del propio ámbito concursal.

La cuestión de la determinación del interés social como fin de la actividad gestora de las sociedades en crisis, se centra en el debate de la posible consideración o no del interés de los acreedores sociales dentro de dicho concepto, idea que se positiviza en el derecho anglosajón, como se observa en la última modificación legislativa del régimen societario, que supone la promulgación de la nueva *Company Act* de 2006⁷⁶⁹, donde en su artículo 172 obliga al *director of the company*, a perseguir el éxito de la empresa, y al hacerlo, a tomar en cuenta otros intereses, más allá del propio de los socios, (entre ellos el interés de los empleados, consumidores, y otros grupos de interés), específicamente en el apartado tercero de dicho precepto obliga al administrador -en la persecución del interés social (*duty to promote the success of the company*)- a considerar o actuar en interés de los acreedores de la compañía⁷⁷⁰. Uno de los más inmediatos precedentes a la idea de protección del interés de los acreedores como interés social en la proximidad a la insolvencia, se encuentra en los *fiduciary duties to creditors*, del derecho estadounidense, para situaciones de insolvencia (o proximidad), o en la idea de la minimización de los perjuicios de los acreedores (“...to minimize the potencial loss the company’s creditors”) que tiene su reflejo en la norma del *Wrongful trading* de la *Insolvency Act* del derecho inglés⁷⁷¹, cuando no existen desde un punto de vista objetivo perspectivas razonables de recuperación empresarial⁷⁷².

En nuestro derecho el interés del concurso como manifestación del interés de los acreedores viene a sustituir en determinados casos de forma excluyente al propio interés de la sociedad (art. 43 LC)⁷⁷³. En el Ordenamiento español, podemos considerar que el derecho preventivo de crisis empresarial, en lo que a administradores se refiere, se

⁷⁶⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “El concepto...”, ob cit p. 255-256, plantea la cuestión de si el interés social puede comprender, en situaciones de proximidad a la insolvencia, el interés de los acreedores como interés de la sociedad.

⁷⁶⁹ El art.172 de la *Company Act* inglesa de 2006 abre un complejo debate sobre el concepto de interés social, en uno de los temas más controvertidos y políticamente sensibles (BACHNER, Thomas. *Creditor protection...* ob cit. p.236).

⁷⁷⁰ Establece el apartado tercero del art 172 CA el deber “to consider or act in interests of creditors of the company.”. No obstante, esta idea de protección a otros intereses ya estaba latente en la doctrina y la jurisprudencia anglosajona que, sobre todo para situaciones de proximidad a la insolvencia, ya se preveía la necesidad los *directors* a tomaran en consideración los intereses de los acreedores para la protección de sus créditos (entre otras sentencias *Kinsella v Rusell Kinsella* 1986; *Liquidator of West Mercia Safetywear v Dodd & Anor* de 1988; *Brady v Brady* de 1988).

⁷⁷¹ Norma que entro a formar parte del conjunto de recomendaciones efectuadas por comité de expertos europeos que se reunieron en el llamado *Forum Europaeum* sobre el derecho de grupos (*Forum Europaeum Konzernrecht*, Stockholm [Corporate Governance Forum] 2000 y también en CORPORATE GROUP LAW FOR EUROPE, *European Business Organization Law Review* (EBOR) I (2000) 165-264.), que defendió dicha norma como modelo para una futura armonización legislativa en Europa.

⁷⁷² OMAR, Paul A. “The European initiative on wrongful trading” *Insolvency L.J.* 2003, 6 (nov), p. 239, sobre la cuestión de los intereses en conflicto que surgen con la crisis, plantea la eficacia de las normas de protección de otros intereses (acreedores trabajadores), respecto del incentivo para la salvación empresarial: “Part of the desire behind the establishment of these rules is to protect the interests of other participants in the process, notably the shareholders, creditors and employees. Although it is debatable just how far these measures can be effective, especially given the disincentive to risk-taking they may present, which is after all a powerful element in the business world, many jurisdictions enable courts to make findings of liability leading to the disqualification of directors from further office as a result of offences committed in the course of management.”

⁷⁷³ MARÍN DE LA BÁRCENA. “Intereses de los socios e intereses del concurso...” ob cit p.313 y 314; MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. “Conservación y administración de la masa activa” ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas 2004. p. 890;

desdobla en el régimen societario (responsabilidad por no disolución en situaciones de desbalance) y en el régimen estrictamente concursal (cuyos presupuestos se refieren a las situaciones de la insolvencia). En este marco -sustancialmente distinto a los regímenes anglosajones- solamente se estimará la sustitución del interés social por el interés de los acreedores, entendido como interés concursal⁷⁷⁴, cuando sea efectivamente declarado el concurso. Una vez que la insolvencia es actual y es declarado el concurso, son las normas concursales las que disciplinan la protección de los acreedores y los conflictos de intereses que se ponen de manifiesto, decayendo a favor de los acreedores concurrentes. La cuestión no resulta del todo clara respecto de los concretos deberes de los administradores, en las situaciones de riesgo empresarial anteriores a la declaración del concurso, cuestión que parte necesariamente del tratamiento de la coordinación del derecho de sociedades y del derecho concursal, lo que implica poner de manifiesto los elementos para una interpretación de la cuestión en derecho español. Se trata de la delimitación del alcance de determinados deberes que sin estar previstos de forma específica *ex lege*, surgen del contenido del genérico deber de diligencia debida en el ejercicio del cargo (225 LSC), y que por tanto, entran dentro del margen necesario de discrecionalidad empresarial con la que el administrador ha de desempeñar su cargo⁷⁷⁵.

En situaciones de insolvencia actual, como es sabido, el administrador viene obligado a la solicitud del concurso, constituyendo un deber cuya inobservancia conlleva a la posible responsabilidad *ex* artículo 172 bis LC. Pero no es éste el ámbito concreto en el que se pretende abordar la cuestión, sino que más bien se centra en el ámbito previo al concurso, es decir, en la proximidad a la insolvencia. Por ello, desde la perspectiva de la responsabilidad del administrador, nos encontraremos dentro del ámbito de las normas societarias de responsabilidad del 367 LSC (antiguos artículos 262.5º LSA y 105.5 LSRL), y eventualmente 241 LSC (acción individual). El administrador está obligado a desempeñar su cargo de forma diligente (225 LSC), por lo que es importante determinar el alcance de los deberes del administrador en situaciones de proximidad a la insolvencia que dimanen de la diligente administración, tales como los deberes informativos en situaciones de grave dificultad económica, deberes de comportamiento acerca de la conservación patrimonial (por ejemplo acerca de la asunción de determinados niveles de riesgo, alteración en la preferencia del cobro), y en general sobre la hipótesis de la existencia o no de un deber encaminado a maximizar -o tener en cuenta en algún grado- el interés de los acreedores en la proximidad a la insolvencia⁷⁷⁶.

2. Aproximación al concepto de crisis

A. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

⁷⁷⁴ TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones... ob cit p. 1066 y ss, interés concursal como fin del concurso se refiere a la determinación de los criterios que deben resolver o tutelar los conflictos de diferentes de los intereses subjetivos de los acreedores que concurren.

⁷⁷⁵ ESTEBAN VELASCO “La acción individual...” ob cit p. 193; MARÍN DE LA BÁRCENA. “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 104 y 110

⁷⁷⁶ MARIN DE LA BÁRCENA. “El interés...” ob cit p. 255-256 y p. 271.

a) Crisis empresarial

La crisis empresarial como presupuesto fáctico en torno al cual gira el presente trabajo, implica determinadas consecuencias en lo referente a la actuación de los administradores de las sociedades. La cuestión dependerá del grado de crisis empresarial al que hagamos referencia, que como regla general, determina un momento anormal en la vida de la empresa, caracterizado por la escasez o dificultad⁷⁷⁷, donde se altera la situación normal de rentabilidad suficiente para la subsistencia del negocio. En este sentido, el concepto de crisis alude a un cambio negativo de tendencia en los resultados empresariales, lo que implica un distinto grado de valoración del riesgo empresarial, y que puede ir desde una mera situación de dificultad hasta una situación de iliquidez, insolvencia o fin de la empresa (liquidación y disolución societaria). Por ello, se hace referencia a una dimensión esencialmente económica de crisis, como manifestación de insuficiencia patrimonial, y cuyos efectos jurídicos vendrán determinados por el grado de dificultad concreto a que se refiera. La *crisis* no es un concepto jurídico⁷⁷⁸, ni unívoco, por lo que para considerar sus efectos jurídicos hay que atender a los distintos tipos o manifestaciones de la crisis empresarial regulados en el Ordenamiento (como la insolvencia del artículo 2 LC, desbalance cualificado del 363.1.e LSC, la infracapitalización del artículo 320 y siguientes de la LSC, o 363.1.f) LSC, etc.). Lo que se pretende poner de manifiesto con todo ello, es que, además de tratarse de un término general y carente de una definición jurídica en el derecho positivo, estamos ante un concepto de carácter amplio y de límites difusos, con pluralidad de significados, y cuya definición o delimitación depende en gran medida de aspectos extrajurídicos (en virtud de instrumentos microeconómicos, financieros o contables)⁷⁷⁹.

b) Insolvencia, desbalance e infracapitalización

⁷⁷⁷ El concepto *crisis* entre otras acepciones, según la RAE, es:..“(3) *situación de un asunto o proceso cuando está en duda la continuación modificación o cese*; (4.) *momento decisivo de un negocio grave y de consecuencias importantes*; (6) *escasez carestía [y]* (7) *situación dificultosa o complicada*”. La amplitud conceptual del término *crisis*, es consecuencia de la utilidad del concepto en muchos ámbitos o disciplinas (economía, sociología, política etc...).

⁷⁷⁸ DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. “Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma” *Anuario de derecho civil*. nº 1, vol. 33, 1980. p. 29 y ss.

⁷⁷⁹ La Resolución de 18 de octubre de 2013, del Instituto de Contabilidad y Auditoría de Cuentas, sobre el marco de información financiera cuando no resulta adecuada la aplicación del principio de empresa en funcionamiento ha tratado de proporcionar de modo enunciativo y como ejemplo una serie de hechos que pueden generar dudas sobre la continuidad de la empresa. Entre los hechos financieros indicativos de crisis se refiere a posición patrimonial neta negativa o capital circulante negativo; préstamos a plazo fijo próximos a su vencimiento sin perspectivas realistas de reembolso o renovación, o dependencia excesiva de préstamos a corto plazo para financiar activos a largo plazo; indicios de retirada de apoyo financiero por los acreedores; flujos de efectivo de explotación negativos en estados financieros históricos o prospectivos; ratios financieros clave desfavorables; pérdidas de explotación sustanciales o deterioro significativo del valor de los activos utilizados para generar flujos de efectivo; atrasos en los pagos de dividendos o suspensión de estos; incapacidad de pagar al vencimiento a los acreedores; incapacidad de cumplir con los términos de los contratos de préstamo; cambio en la forma de pago de las transacciones con proveedores, pasando del pago a crédito al pago al contado; e incapacidad de obtener financiación para el desarrollo imprescindible de nuevos productos u otras inversiones esenciales, entre otros.

Insolvencia, desbalance e infracapitalización son conceptos que distan de ser sinónimos, aunque en la práctica, a menudo vengan de la mano, pues, por un lado son confundidos en ámbitos de contornos fronterizos difusos, ya que su delimitación conceptual depende del entorno en que se utilicen (por ejemplo insolvencia en sentido contable o meramente numérico como resultado negativo del coeficiente de solvencia - *debt equity ratio*- que no tiene porque coincidir con su sentido concursal como situación económica de fondo), y por otro lado son fácilmente concurrentes en la casuística de las empresas en crisis.

La insolvencia se ha configurado como presupuesto objetivo del concurso en la reciente reforma concursal (Ley 22/2003), entendida como cesación de pagos, es decir, la incapacidad de atender regularmente⁷⁸⁰ a las obligaciones exigibles (art. 2.2 LC). En este sentido, insolvencia y desbalance son situaciones esencialmente distintas⁷⁸¹, pues éste último no hace referencia a una situación económica de fondo⁷⁸² -que determina la efectiva imposibilidad de pagar⁷⁸³-, sino más bien a una situación de hechos externos que implica una determinada situación contable, es decir, que el pasivo resulta superior al activo⁷⁸⁴. Esta diferencia se observa claramente en el legislador alemán que comprende tanto el desbalance como la cesación de pagos como presupuestos objetivos del concurso⁷⁸⁵. Así en la *Insolvenzordnung* (InsO) se establece como presupuesto objetivo del concurso, tanto la cesación de pagos (*Zahlungsunfähigkeit*)⁷⁸⁶ -entendida como iliquidez o imposibilidad de hacer frente a las obligaciones asumidas (*wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. S.17 InsO*)⁷⁸⁷-, como el desbalance (*Überschuldung*)⁷⁸⁸, entendido como la situación en que el activo no es suficiente para cubrir las deudas (*das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt*)⁷⁸⁹. No obstante, en la propia InsO se advierten los difusos límites conceptuales que sobre esta materia se hacía referencia, pues como establece el propio precepto (S 19 InsO), y tal y como lo ha interpretado la propia doctrina alemana⁷⁹⁰, el concepto de desbalance no responde tanto a una situación externa entendida como mero desbalance numérico, sino más bien como un concepto

⁷⁸⁰ SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2. La solicitud de declaración de concurso voluntario” en MARTINEZ SANZ (dir.) *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p.67 sobre la regularidad del impago (imposibilidad de pagar acudiendo a medios ordinarios de mercado, financiación o consecución de activos).

⁷⁸¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “Sobre el concepto básico de insolvencia...” ob cit p.1012 y 1013, ALCOVER GARAU, “La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital”, en *Revista de Derecho de concursal y Paraconcursal*, 2006, p. 84; MACHADO PLAZAS, José. *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid: civitas, 1997, p. 219 y ss; PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit p. 324; SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p.67.

⁷⁸² PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p.308, respecto del sistema concursal adoptado por el legislador español -cercano al italiano y alemán- como sistema que requiere una insolvencia real como situación económica de fondo, frente al modelo francés que se basa en hechos externos (cesación de pagos) para la declaración concursal

⁷⁸³ Insolvencia implica imposibilidad *regular* de pagar siendo indiferente la causa (imposibilidad de pago por falta de bienes o por falta de liquidez) SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 66.

⁷⁸⁴ MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital...* ob cit p. 219.

⁷⁸⁵ Igualmente el derecho anglosajón (art. 123 de la Insolvency Act) recurre a ambos conceptos de cesación de pagos (*cash flow test insolvent*) y desbalance (*balance sheet test insolvent*), como criterios justificadores de la insolvencia como proceso concursal, todo ello, frente a la técnica de hechos externos del derecho francés o belga.

⁷⁸⁶ Dicho presupuesto a grandes rasgos coincidiría con el *cash flow test* de la sección 123 de la *Insolvency Act* inglesa.

⁷⁸⁷ KIRCHHOF. “Erster Teil.Allgemeine Vorschriften”. En AAVV *Insolvenzordnung*. Heidelberg: CF Müller. 2006, p. 143.

⁷⁸⁸ Que coincidiría con el *Balance sheet test* del derecho anglosajón

⁷⁸⁹ KIRCHHOF. “Erster Teil...” ob cit p. 159 y ss.

⁷⁹⁰ Discusión en el seno de la doctrina alemana: “*wenn er nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen*”. SCHMIDT, K, referenciado en PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración...* ob cit p.322. También DUQUE DOMÍNGUEZ, J. “Sobre el concepto básico...” ob cit p.1010, hace referencia a que el “*desequilibrio patrimonial que abra el concurso debe ser el resultado de una valoración conjunta del patrimonio del deudor*”.

dinámico de desbalance⁷⁹¹, entendido ampliamente como sobreendeudamiento con pronóstico negativo (*Fortführungsprognose*), y teniendo en cuenta no sólo el descuadre numérico, sino esencialmente las circunstancias concretas y las expectativas futuras de recuperación que concurren en cada caso⁷⁹² (*die Fortführung des Unternehmens zugrunde zu legen, wenn diese nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich...*⁷⁹³). Por tanto, se puede afirmar que en el concepto de insolvencia del derecho alemán, no se hace referencia a una concepción meramente numérica de desbalance, sino más bien a una amplia o dinámica⁷⁹⁴, dado el carácter que tiene el desbalance (*Überschuldung*) como presupuesto objetivo del concurso en el ordenamiento alemán⁷⁹⁵.

La insolvencia, en nuestro ordenamiento jurídico, no se identifica con el desbalance puesto que el activo del deudor puede ser inferior al pasivo y, sin embargo, poder cumplir con sus obligaciones por diferentes medios (recurso al crédito personal, ejercicio de acciones revocatorias, actualización de balances)⁷⁹⁶. Con independencia de las distintas técnicas de determinación del presupuesto objetivo del concurso, hay que dejar claro que el mero desbalance numérico no se considera como presupuesto objetivo del concurso en la legislación concursal española, aunque sí tiene en nuestro derecho relevancia jurídica en el ámbito societario, como causa de disolución del artículo 363.1.e LSC, cuando dicha situación se produce a consecuencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social (lo que implica necesariamente, que una vez llevados los resultados negativos al balance, el activo resultará inferior al pasivo). Hay que destacar que no toda situación de desbalance por pérdidas cualificadas implica insolvencia⁷⁹⁷, pues aunque a veces vengan de la mano, la situación de desbalance puede estar lejos de suponer naufragio empresarial, pues no se refiere más que a una definición de la estructura del balance. El término desbalance ha sido utilizado tanto para referirse al concepto de sobreendeudamiento (*Überschuldung*), como para referirse a la situación de pérdidas cualificadas descrita en el 363.1.e) LSA, no obstante ambos conceptos no son coincidentes, pues para que exista sobreendeudamiento debe existir deuda, y en este sentido es posible que, aunque existan elevadas pérdidas que reduzcan el patrimonio neto en tal sentido (como por ejemplo una depreciación de activo), ello es compatible con que la empresa no tenga endeudamiento alguno, o que la deuda que pueda tener, resulte irrisoria⁷⁹⁸. Ahora bien, para que pueda tener lugar la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC es evidente que en el presupuesto objetivo han de concurrir pérdidas cualificadas y

⁷⁹¹ PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p.322.

⁷⁹² BACHNER, T. *Creditors protection...* ob cit p. 47-49, respecto de los problemas terminológicos que supone en contraste con el sistema anglosajón, respecto de la *Insolvency Act (section 123 balance sheet insolvent and cash flow insolvent.)*

⁷⁹³ No obstante la redacción actual del precepto ha sido transitoriamente modificado (desde 18-10-2008 hasta 31-12-2010) debido a la crisis financiera, para ampliar aún más el marco de actuación de las empresas con situación de desbalance con perspectivas de recuperación: “*wenn das Vermögen des Schuldners die bestehenden Verbindlichkeiten nicht mehr deckt, es sei denn, die Fortführung des Unternehmens ist nach den Umständen überwiegend wahrscheinlich*”.

⁷⁹⁴ Esta concepción amplia o dinámica orienta a una perspectiva de futuro es tenida en cuenta por alguna doctrina jurisprudencial norteamericana. Así por ejemplo la Chancery Court del estado de Delaware, entiende que no ha de bastar con el mero desajuste del balance contable sino que hay la necesidad de tener en cuenta las realidades de la empresa, así como sus ventajas y oportunidades de negocio (*to take into account business realities..take advantage of Business oportunities*), Sentencia de *Franco typ-Postalia AG V On Target Tech* 1998.

⁷⁹⁵ KIRCHHOF. “Erster Teil...” ob cit p. 159.

⁷⁹⁶ SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 67

⁷⁹⁷ VICENT CHULIÁ. “La responsabilidad...” ob cit p. 50, MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 333 y ss.

⁷⁹⁸ ALCOVER GARAU, Guillermo. “La doble reforma de la responsabilidad...” ob cit p. 85.

deuda⁷⁹⁹, por lo que en todo caso, cuando tenga lugar dicha responsabilidad siempre podremos hablar de casos de desbalance o sobreendeudamiento (*Überschuldung*).

También resulta ahora procedente distinguir entre desbalance e infracapitalización, pues, si bien siempre que hay desbalance hay infracapitalización, no siempre infracapitalización supone necesariamente desbalance, pues la infracapitalización no tiene porqué suponer que el importe total de pasivo supere al de activo, sino simplemente que la deuda asumida sea elevada o resulte desproporcionada⁸⁰⁰ respecto del patrimonio neto en que se sustenta el riesgo asumido⁸⁰¹. El concepto de infracapitalización material no es unánime en la doctrina, aunque generalmente, se viene definiendo como una desproporción del capital respecto de otras variables más o menos determinables⁸⁰². Así, mientras la jurisprudencia alemana⁸⁰³ viene entendiendo la infracapitalización como la desproporción entre el capital propio y el objeto social o el tipo de negocio, otros autores⁸⁰⁴ se refieren a la desproporción entre capital propio y capital ajeno⁸⁰⁵. También se ha definido infracapitalización desde una interpretación estricta –atendiendo a la literalidad del concepto– como la insuficiencia o inadecuación del capital para atender al riesgo asumido⁸⁰⁶, desde la perspectiva del debate acerca de las funciones del capital social⁸⁰⁷. No obstante, no es tanto esta perspectiva la que nos preocupa dada la escasa relevancia que adquiere la cifra de capital social en el análisis de la estructura financiera de la empresa, donde resulta más adecuado para los acreedores sociales tener en cuenta no sólo la cifra de capital nominal, sino en general el cómputo de los fondos propios o del patrimonio neto, así como de las garantías constituidas, para hacer frente a la deuda asumida. Por ello, parece conveniente aludir a un concepto más amplio infracapitalización que hace referencia a aquellas situaciones en que existe una insuficiencia de los recursos propios para atender a las necesidades financieras⁸⁰⁸ de la sociedad (ya sea nominal o material). Por ello, con independencia del concepto de infracapitalización asumido, interesa destacar que pese a ser una situación entendida como peligrosa, pues puede suponer un elevado riesgo para los acreedores, no tiene porqué lesionar ningún interés jurídico, mientras dicha situación sea pública y conocida,

⁷⁹⁹ Si no hay deuda no hay responsabilidad pues no hay daño del que responder. Esta idea conecta con la opinión de algunos autores que entienden que la responsabilidad ex art. 367 LSC es una responsabilidad por daños (CERDA ALBERO "Responsabilidad civil..." ob cit p. 13 y ss., MARÍN DE LA BÁRCENA "Deberes..." ob cit 103). En contra la doctrina mayoritaria entiende que se trata de una responsabilidad sancionadora (QUIJANO "Responsabilidad societaria..." ob cit p. 31; BELTRÁN SANCHEZ "La responsabilidad..." ob cit p. 256; MACHAZO PLAZAS, J. *Pérdida de capital social...* ob cit p.351 y ss.

⁸⁰⁰ GUASCH MARTORELL, Rafael. "La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades". En *Revista de derecho mercantil*, N° 234, 1999, p. 1498-1499; MACHADO PLAZAS, *Pérdida del capital...* ob cit p. 223-226.

⁸⁰¹ No obstante no hay criterios unánimes desde el punto de vista científico que vengan a decir cual es el nivel de capitalización adecuada, pues ningún nivel de capitalización viene a asegurar el cobro de las deudas. Vid. VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1. Sociedades de Capital". en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 181-193.

⁸⁰² OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p. 139.

⁸⁰³ Sentencia del BGB de 14 de diciembre de 1959 *Luft-Taxi Urteil*.

⁸⁰⁴ WINKLER, WINTER y KAMM, referenciados en OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p.142.

⁸⁰⁵ Sobre el estudio del concepto de infracapitalización en el seno de la doctrina alemana vid OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p.140 y ss.

⁸⁰⁶ PAZ-ARES, Cándido. "Sobre la infracapitalización de las sociedades", en *Anuario de Derecho Civil*. N° 36, 1983, p. 1598; OTXOA-ERRARTE GOIKOECHEA. *La responsabilidad de los socios...* ob cit p.143-144.

⁸⁰⁷ En tal sentido se orienta la legislación societaria cuando impone la obligación de reducir capital cuando transcurrido un ejercicio se mantenga la reducción del patrimonio neto por debajo de la cifra de capital social en dos terceras partes (163.1.2 LSA) o disolución por disminución a la mitad o por debajo del límite legal (260.1.4ª y 5ª).

⁸⁰⁸ GUASCH MARTORELL "La doctrina..." ob cit p.1494

pues ello supone que dicho riesgo ha sido conocido por los acreedores, y sus circunstancias negociadas en introducidas en la concreta relación contractual, como el incremento de la prima de riesgo o la constitución de garantías más allá del capital social o de los fondos propios (avales personales, garantías reales, etc.)⁸⁰⁹.

c) Deslizamiento hacia la insolvencia

No sólo la delimitación conceptual presenta límites difusos, sino que también lo es –y como consecuencia de ello– la delimitación temporal en que frecuentemente se suceden dichas situaciones de crisis. Para realizar el análisis de los deberes de diligencia en las situaciones previas al concurso es posible distinguir tres fases, en función de su clasificación legal, que llevan a lo que algún autor⁸¹⁰ ha denominado “*deslizamiento hacia la insolvencia*”. Se refiere a la descripción de la trayectoria que siguen con frecuencia las empresas que entran en crisis en función de las distintas fases definidas legalmente, pero que siendo conceptualmente distintas y no necesariamente coincidentes, se suceden habitualmente de forma yuxtapuesta, siguiendo el esquema planteado (y que pese a no ser exhaustivo, pues no tienen porque sucederse, es el que tácitamente parece haber presupuesto el legislador). Así se podría dividir en tres fases escalonadas de crisis en función de su categoría legal:

a) Una primera fase relativa a la existencia de pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cifra inferior la mitad del capital social (artículo 363.1.e) LSC), que determina la obligación de convocar a la junta para que decida sobre la disolución o aumento de capital (o solicitud del concurso en su caso).

b) Una segunda fase que seguiría a la anterior relativa a una situación de insolvencia inminente, es decir, donde se prevé que no podrá cumplir regular y puntualmente con las obligaciones, en un momento futuro (2.3 LC), situación que por sí sola no genera –*a priori*– obligación jurídica alguna, pues no es presupuesto objetivo del concurso necesario.

c) Y una tercera relativa a la insolvencia actual en los términos del artículo 2 LC (imposibilidad de cumplir regularmente con las obligaciones exigibles), que determina la apertura del concurso.

Lo que realmente se está haciendo referencia es que sobre la base de la distinción entre desbalance como consecuencia de pérdidas cualificadas del 363.1.e) LSC e insolvencia del 2 LC (siendo la insolvencia inminente un estadio previo a esta

⁸⁰⁹ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 452; PAZ-ARES “La Infracapitalización...” ob cit p. 259-260. En este mismo sentido explica GUASCH, que como son frecuentes los casos de empresas con elevados índices de endeudamiento que sin embargo obtienen altas rentabilidades con beneficios suficientes para satisfacer la deuda asumida, y sin embargo otras con bajos índices de endeudamiento obtienen bajos beneficios que apenas sirven para satisfacer la poca deuda asumida, generando pérdidas (GUASCH MARTORELL “La doctrina...” ob cit p.1498). vid BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos y Quiebra*. Ob cit p. 43 y ss.

⁸¹⁰ ALCOVER GARAU, G. “La doble Reforma...”, ob cit p. 84-85, URÍA, MENENDEZ y GARCIA DE ENTERRIA “La sociedad...” ob cit p.1095

última), se trata de distintas fases que puede atravesar una empresa en su recorrido de deslizamiento a la insolvencia cuando se parte de una situación de pérdidas cualificadas.

Ni siempre que hay pérdidas cualificadas deviene luego una insolvencia⁸¹¹, ni siempre la insolvencia es posterior a una fase de pérdidas del 363 LSC, pero no se puede obviar que, por un lado, la situación de desbalance por pérdidas cualificadas puede implicar con frecuencia una situación de extrema gravedad⁸¹² que generalmente - sino se procede a su saneamiento- desembocará en la correspondiente procedimiento concursal, al alcanzar la situación de insolvencia; y por otro lado, que toda situación de insolvencia de fondo desemboca tarde o temprano en un auténtico desbalance⁸¹³ - aunque no tenga que ser en los términos cualificados del 363 LSC- pues la incapacidad de cumplir con las obligaciones exigibles de forma regular terminará implicando que el pasivo supera al activo, y de ahí la necesidad de proceder a la liquidación ordenada del patrimonio del concursado, para repartir la masa activa entre los acreedores (sin perjuicio de las soluciones convencionales que generan el reflatamiento de la empresa). En caso contrario correríamos el riesgo de confundir la insolvencia con una situación de mera iliquidez, que supone una inadecuación temporal de cumplir con las obligaciones por falta de recursos líquidos, concepto que dista en mucho con el de insolvencia de fondo como presupuesto del concurso, según el cual hay que tener en cuenta autentica imposibilidad de pago más allá de situaciones transitorias de impuntualidad⁸¹⁴.

Hecha la distinción conceptual y temporal en que se mueven los distintos tipos de crisis empresarial, con sus difusos límites, conviene analizar algunas cuestiones relevantes a nuestros efectos, respecto de cada uno de los regímenes disolutorio y concursal.

d) Proximidad a la insolvencia y precurso.

En ocasiones se ha venido utilizando por ciertos sectores de la doctrina indistintamente los conceptos de *proximidad a la insolvencia y precurso*, sino como sinónimos, si como conceptos más o menos coincidentes, para referirse a aquellas situaciones previas a la apertura del procedimiento concursal, o previas al cumplimiento del presupuesto objetivo del concurso. Pero si bien la expresión *proximidad a la insolvencia* parece ser clara en cuanto se refiere a la situación previa a una insolvencia actual (o de fondo), más dudas puede plantear el término *precurso (o preconcursal)*, como un concepto formal, por cuanto puede referirse *stricto sensu* a la situación de crisis previa a la apertura procedimental de la fase concursal, con independencia de la

⁸¹¹ LLEBOT MAJÓ, O. “La Geometría del capital social” en *Revista de Derecho Mercantil* nº 231, 1999 p. 75 y ss

⁸¹² En términos de gravedad es claro que el peligro riesgo es mayor en una situación de Insolvencia que de pérdidas cualificadas, por lo que se ha apuntado la existencia de un deslizamiento de la responsabilidad disolutoria por la concursal con ocasión de la Ley Concursal, SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. “La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho”. En *Revista de derecho mercantil*, nº 274, 2009 , p. 1342, donde se cita a ALCOVER GARAU respecto a la “solución privada” ante la “solución pública”. No obstante, pese a la preeminencia del régimen concursal, ello no ha supuesto el decaimiento de las acciones de responsabilidad disolutoria, SALDAÑA VILLOLDO “La acción...” ob cit p. 1343.

⁸¹³ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit p 324-326 “conexión causal eventual y no necesaria” entre la insolvencia y el desbalance cualificado.

⁸¹⁴ PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p 322

existencia o no de una insolvencia actual. No podemos perder de vista, que pese a la extendida utilización del concepto, no estamos ante un concepto jurídico definido o utilizado en la Ley, ni ante un concepto que se utilice con una significación unívoca. Por ello el concepto de *preconcurso* requiere de cierta matización, sobre todo tras la última modificación de la Ley Concursal, operada mediante el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo (de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica). Dicho texto vino a modificar varios artículos de la Ley Concursal, entre ellos el artículo 5.3, introduciendo la figura de lo que en algunos sectores se ha llamado la propuesta anticipada de convenio en el *preconcurso*⁸¹⁵, para referirse a aquella situación en que el deudor que cae en situación de insolvencia puede alargar el plazo de apertura del proceso concursal, en aras de la búsqueda de una salida consensuada de su situación de crisis⁸¹⁶.

La introducción de dicho precepto supone en realidad una reforma de la propuesta anticipada de convenio (que se preveía en los artículos 104 y ss) dada la escasa utilidad que dicho mecanismo ha tenido en la *praxis* de las empresas concursadas, desde la entrada en vigor de la Ley Concursal⁸¹⁷, por lo que dicha reforma se encamina a reavivar dicho mecanismo, como medio para simplificar y agilizar los procedimientos concursales y con ello la descongestión⁸¹⁸ de los juzgados de lo mercantil en esta época de crisis⁸¹⁹. En tal sentido con la actual redacción del artículo 5.3 LC el deudor puede iniciar negociaciones para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio (dentro del plazo de los dos meses establecidos en artículo 5.1 LC para solicitar la apertura del concurso), siempre y cuando lo ponga en conocimiento del juzgado de lo mercantil. Con ello el deudor gana tres meses desde la comunicación al juzgado, para alcanzar un acuerdo con los acreedores, pero transcurrido dicho plazo - haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio- deberá improrrogablemente solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente, siempre y cuando persista la situación de insolvencia.

Pero teniendo en cuenta el análisis del precepto y los efectos positivos que prevé en el concurso, cabe plantearse si realmente debe hablarse de una medida

⁸¹⁵ SANCHEZ-CALERO, Juan. “La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley nº 11, 2009. p. 90, en tal sentido el art. 5.3 LC es una medida preconcursal por cuanto se desarrolla en la fase previa al concurso, una vez alcanzada la insolvencia actual, por lo que va a tener efectos positivos una si finalmente el concurso llega a producirse.

⁸¹⁶ En muchos casos a través de la refinanciación de la deuda, vid PULGAR EZQUERRA, Juana. “Protección de las refinanciaciones de deuda frente a solicitudes de concurso necesario: sobreesimiento en los pagos y comunicaciones ex art.5.3 LC en el marco del RDL 3/2009” En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley nº 11, 2009. p. 54-55. En la actualidad se tramita en Cortes un proyecto de Ley de reforma de la Ley concursal que prevé la introducción de un nuevo artículo 5 bis (“*Comunicación de negociaciones y efectos sobre el deber de solicitud de concurso*”) cuyo apartado primero presenta la siguiente redacción: “*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio en los términos previstos en esta ley*”. Además de ello, entre las modificaciones que se esperan introducir con la nueva reforma, se encuentran favorecer los acuerdos previos y la viabilidad de las empresas; la calificación como crédito contra la masa la mitad del dinero que llegue a las empresas por medio de las refinanciaciones; entre otras muchas medidas (reforzamiento de los créditos laborales, discrecionalidad del juez para declarar el procedimiento abreviado, etc...).

⁸¹⁷ SANCHEZ-CALERO, Juan. “La reforma...” ob cit. P. 80 y ss

⁸¹⁸ SANCHEZ-CALERO, Juan, “La reforma...” ob.cit. p.86, descongestión para simplificar y agilizar un procedimiento de naturaleza compleja, pero que dada su escasa utilidad del convenio anticipado, prevé el fracaso de dicha norma.

⁸¹⁹ Época en que la insolvencia ya no es hecho aislado sino un fenómeno múltiple que amenaza el colapso de los juzgados (OLIVENCIA, Manuel. “La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011”. En *Revista de de Derecho Concursal*. Nº 16, 2012 p. 20).

preconcurso⁸²⁰ por cuanto, (1) dicha medida viene recogida en la ley Concursal, y (2) se refiere a una situación de insolvencia actual que genera efectos jurídicos materiales y procesales, donde ya operan los efectos concursales (p.e. a efectos de responsabilidad concursal) , y donde una vez transcurrido el plazo previsto (tres meses) el deudor, “...haya o no alcanzado las adhesiones necesarias para la admisión a trámite de la propuesta anticipada de convenio, deberá solicitar la declaración de concurso dentro del mes siguiente”.

Hemos de llamar la atención acerca de la doble naturaleza que presenta nuestra legislación concursal, puesto que se compone tanto de un fuerte contenido de derecho procesal, así como de derecho material⁸²¹, refiriéndose a aquellas normas del ordenamiento que regulan el reparto de los bienes del acreedor insolvente⁸²². Por tanto desde que hay insolvencia y concurrencia de acreedores, podemos hablar de *lex concursus*, en un sentido material, pues es ésta la materia propia del derecho concursal. En tal sentido el ámbito concursal desde su aspecto material es más amplio que desde su aspecto procesal, pues desde este último se refiere necesariamente desde la declaración judicial del concurso. Cuando se confunden ambos planos se tiende a calificar de preconcurso situaciones que materialmente son propias del derecho concursal, que empieza desde el momento en que existe insolvencia. En el caso de la norma aquí analizada, si bien puede hablarse de situación preconcurso desde el punto de vista del procedimiento del concurso *stricto sensu*, no se puede hablar de naturaleza preconcurso desde el punto de vista de la materia que es propia de la *lex concursus*, pues desde dicho punto de vista es una norma de naturaleza concursal. Es decir, podrá hablarse de medida preconcurso desde un aspecto procesal, pero no desde un aspecto material⁸²³.

B) LA CRISIS EMPRESARIAL EN EL ORDENAMIENTO

a) Crisis societaria

La legislación societaria establece entre otras, como causa de disolución de la sociedad, las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto⁸²⁴ a una cantidad inferior a

⁸²⁰ Respecto de la conveniencia de que la ley concursal recoja los mecanismos de prevención preconcursales Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “La reforma del derecho concursal español” en *La Reforma de la Legislación concursal*. Marcial Pons: Madrid, 2003 p. 103 y ss

⁸²¹ TRIGO SIERRA, E.; CAMBRONERO GINES, A. “Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal” En *Revista de Actualidad Jurídica de Uría y Menéndez*, nº6, 2003, p. 51-75.

⁸²² He aquí una manifestación de los principios de unidad legal de sistema y de procedimiento, de los aspectos procesales y materiales del concurso. Vid. PULGAR EZQUERRA, J. *Declaración del concurso...* ob cit p.135 y ss, y 140 y ss). ROJO Y BELTRAN, *Comentario...* ob cit p. 143.

⁸²³ Se hace referencia al aspecto material de la *lex concursus* como aquel derecho que regula la liquidación ordenada de los bienes del deudor insolvente entre los acreedores concurrentes como manifestación de la *par conditio creditorum*, que encuentra su fundamento en el principio ético de la igualdad entre sujetos en idéntica situación jurídica. Vid GARRIDO, José María. *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas, 2000. p 722.

⁸²⁴ MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. “La causa disolutiva por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 270, 2008, p.1442-1443, sobre el concepto de patrimonio neto como consecuencia de la última modificación en la Ley 16/2007 del precepto para la adaptación de la normativa comunitaria, considerando el patrimonio neto como magnitud que en la actual regulación deja de incluir partidas del pasivo.

la mitad del capital social (363.1 e LSC). En tales casos el administrador en el plazo de dos meses debe convocar la junta general de accionistas para que en su caso se opte bien por la disminución de la cifra de capital social (siempre y cuando no rebase la cifra de capital mínimo), bien por la disolución, (siempre y cuando no sea procedente el concurso). Si en el seno de la junta general no se tomase ninguna de las anteriores decisiones, el administrador deberá instar la disolución judicial en el plazo de otros dos meses (366.2 LSC), pues en caso contrario sería responsable solidario de las deudas posteriores que contraigan la sociedad (367 LSC)⁸²⁵.

La disolución por pérdidas cualificadas es una norma con un origen de orientación francesa⁸²⁶, que fue el único supuesto de disolución mencionado en la Segunda Directiva comunitaria (art. 17 de la Directiva 77/91/CEE)⁸²⁷. La norma encuentra uno de sus fundamentos en la tutela de intereses de terceros debido a la amenaza que supone para los acreedores la situación de pérdidas cualificadas⁸²⁸, donde lo que se pretende es el mantenimiento una capitalización adecuada a la situación patrimonial real de la sociedad, sobre la base de la cifra adecuada de capital nominal, en la que los acreedores puedan confiar⁸²⁹. Si hay desbalance cualificado en el sentido del 363 LSC y por tanto han existido pérdidas que reducen el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social, en si misma, no es situación de riesgo para el tráfico en tanto en cuanto no se contraiga un concreto nivel de endeudamiento (pues puede existir tal situación sin que exista deuda)⁸³⁰ ya que dicho pasivo puede venir determinado exclusivamente por las eventuales pérdidas del ejercicio. El desbalance puede resultar peligroso en el tráfico, lógicamente, cuando empieza a existir la deuda, y el pasivo resulta superior al activo, generando una situación donde los activos no son suficientes para cubrir la deuda contraída (*Überschuldung*), y por tanto, como una situación de riesgo cercana a la insolvencia (*Zahlungsunfähigkeit*). Así se ha hecho referencia al precepto como una norma de naturaleza *preconcursoal*⁸³¹, en el sentido de su función preventiva⁸³² al orientarse a proteger a los eventuales acreedores de las pérdidas que amenazan con agotar el patrimonio social.

El principal efecto de la norma es la responsabilidad solidaria del administrador. Tras la reforma⁸³³ del 2005, el administrador pasa, de responder por todas las deudas, a responder solamente por las deudas posteriores a la causa de disolución. Por ello, en la

⁸²⁵ Sobre los aspectos generales vid: BELTRÁN “La responsabilidad por las deudas sociales” ob cit 213 y ss; VINCENT CHULIÁ “La responsabilidad...” ob cit 43-50; QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 40-43; RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, Mª ISABEL. *Responsabilidades de los Administradores de las Sociedades de Capital en Crisis*. (Prólogo Francisco Vicent Chuliá). Pamplona: Thomson Reuters- Aranzadi, 2012. 866 p.

⁸²⁶ MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit p. 48.

⁸²⁷ El citado art. 17 hacía referencia a la obligación de convocar a la junta en caso de “pérdida grave” para la disolución o adopción de medidas.

⁸²⁸ El Tribunal Supremo ha configurado dicho deber “como garantía a los derechos anteriores adquiridos por terceros” (STS 4-02-1999). Como deber *preconcursoal* URÍA, MENÉNDEZ, BELTRAN, ob cit p.41, machado plazas p.185; MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit p. 48.

⁸²⁹ la norma supone una técnica de solución de la crisis que tiende a optimizar la situación en la medida en que los acreedores pueden ver satisfecho su crédito sin que los socios pierdan el control de la sociedad y sin el desplazamiento de intereses que tiene lugar en el concurso MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 61.

⁸³⁰ ALCOVER GARAU, G. “La doble Reforma...” ob cit p. 85.

⁸³¹ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” ob cit p.1095, MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit p. 185; ALCOVER GARAU, G. “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Nº 8. 1997, p. 266 y ss.

⁸³² RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, Mª ISABEL. *Responsabilidades...* ob cit. p.562.

⁸³³ Ley 19/2005 de 14 de diciembre de sociedad anónima europea domiciliada en España.

regulación actual, sino se eleva el endeudamiento con posterioridad a las pérdidas cualificadas, la obligación del administrador queda vacía (pues no responderá solidariamente *ex* artículo 367 LSC). Dicha modificación ha supuesto una atenuación esencial en el anterior régimen de responsabilidad⁸³⁴ que no diferenciaba temporalmente entre las deudas contraídas, lo que generaba una responsabilidad sin parangón en el derecho comparado⁸³⁵. No obstante, la posición crítica frente al precepto es mayoritaria en la doctrina, aunque en base a diferentes argumentos⁸³⁶.

Para que concurra responsabilidad *ex* art. 367 debe darse una causa legal de disolución, pues a partir de entonces es cuando empieza a existir la responsabilidad solidaria por las obligaciones sociales (y esta causa será generalmente las pérdidas cualificadas⁸³⁷). En este orden de cosas, de la dicción literal del precepto se desprende que lo que la norma realmente impone es que cuando concurren pérdidas cualificadas, se debe proceder, o bien a disolver la sociedad, o bien a reducir la cifra de capital nominal en la cuantía suficiente (salvo que se reduzca el capital por debajo de la cifra de capital mínimo obligatorio), o bien al aumento de los recursos económicos. Respecto de la primera solución, el legislador presupone la existencia de un riesgo y la ineficacia o incapacidad de la actividad de la empresa, dadas las graves pérdidas, de ahí su pretendido carácter preconcursal, instando a la disolución, para evitar la lesión de los créditos que se puedan contraer con posterioridad. Respecto de la segunda solución se desprende lo que es el auténtico fundamento de la norma, y esto es, que la cifra de capital nominal se adecúe a los resultados del ejercicio, es decir, a sanear el balance en función de los resultados negativos obtenidos en ejercicios anteriores, ya que no supone un incremento de las garantías patrimoniales, pues se trata de un mero ajuste contable⁸³⁸. Por tanto, dada la coexistencia de ambas posibilidades, de lo que se protege, no es tanto de una situación de proximidad a la insolvencia, sino de una concreta situación de desinformación contable, es decir, no importa tanto que haya pérdidas cualificadas, sino que lo que importa es que, si las hay, se proceda a la reducción del la cifra de capital para sanear debidamente la situación contable. En cuanto a la tercera posibilidad –aumentar los recursos– es otra forma de adecuar el patrimonio a la cifra de capital nominal.

El origen de la causa de disolución hay que buscarlo en el principio del capital como garantía mínima frente a terceros⁸³⁹. Dicho principio se encuentra por un lado en las normas de capital mínimo como garantía patrimonial de la sociedad⁸⁴⁰, y por otro en

⁸³⁴ Sobre la modificación VIÑUELAS SANZ, Margarita. “La modificación del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 266, 2007, p. 1000 y ss; RUIZ MUÑOZ, Miguel. “Administradores y deudas sociales: derecho de sociedades *versus* derecho concursal”. En *Revista de Derecho de los Negocios*. Noviembre de 2006. nº 194. p. 5 y ss.

⁸³⁵ Una posición crítica de la regulación anterior desde la naturaleza y fundamento de la norma en RUIZ MUÑOZ, Miguel. “Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (ART. 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 244, junio 2002, p. 547 y ss; Respecto del derecho comparado MACHADO PLAZAS “Pérdida...” *ob cit* p.47 y ss.

⁸³⁶ Por todos ellos VICENT CHULIA “La responsabilidad...” *ob cit* p. 43-50.

⁸³⁷ Es importante tener en cuenta que pese a que el art. 367 LSC habla también de responsabilidad por no solicitar el concurso, la insolvencia de la sociedad por si sola no es presupuesto de la responsabilidad *ex* 367 LSC pues no implica necesariamente que exista causa de disolución, y sólo hay responsabilidad si hay causa de disolución pues de las obligaciones posteriores a dicha causa es de lo que responden los administradores solidariamente. Téngase en cuenta que causa de disolución por pérdidas e insolvencia pueden no ser coincidentes puesto que no es lo mismo.

⁸³⁸ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* *ob cit*. p.325; URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” *ob cit* p.1048

⁸³⁹ MUÑOZ GARCÍA, “La causa...” *ob cit* p. 1436; MACHADO PLAZAS *Pérdida...* *ob cit* p. 181.

⁸⁴⁰ Instrumento de aportación inicial, como indica OLIVENCIA: “*como instrumento en unión de otros, para asegurar un cierto nivel de recursos propios de las sociedades*”; URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA

la obligación de reducción del capital social por pérdidas del artículo 327 LSC (con carácter obligatorio sólo para la sociedad anónima) que responde a un mismo fundamento que la previsión del art. 363.1.e. No obstante, la garantía patrimonial mínima frente a terceros es la función propia del principio de capital mínimo, y no tanto de las normas de disolución por pérdidas, pues en ellas, mientras no se supere con dichas pérdidas el límite del capital mínimo, la función perseguida será una función meramente informativa y no tanto de garantía patrimonial⁸⁴¹. Y aunque la ratio de dichas normas radique en el mantenimiento de una adecuada información contable⁸⁴² que evite la inducción a error de los acreedores o contratantes, dicha protección es más aparente que real, pues no llevar a cabo la disminución de capital no tiene porque desvirtuar la información contable existente⁸⁴³.

Por el mero hecho de que se reduzca la cifra de capital nominal como consecuencia de pérdidas cualificadas, no tiene porque suponer un mayor garantía informativa. Hay que tener en cuenta que las pérdidas del ejercicio por si solas ya tienen relevancia en la información patrimonial, de acuerdo a la normativa del Plan General Contable. Bien es cierto que para el acreedor no experto puede inducir a error, pues puede confiar en la cifra de capital sin atender a las pérdidas que reducen el neto patrimonial, pero ello no justifica las consecuencias en responsabilidad que la norma acarrea. En primer lugar, la responsabilidad es excesiva si tenemos en cuenta que dichas pérdidas han de figurar en el balance como resultados negativos de ejercicios anteriores restándose al neto patrimonial⁸⁴⁴. En segundo lugar, parece excesivo que se responsabilice solidariamente al administrador que no procede a la reducción de capital, cuando la norma se apoya en un objetivo meramente contable, que no introduce mejores garantías patrimoniales (pues el patrimonio es el que es)⁸⁴⁵ y que se orienta a “sanear” la información en el balance para que se adecúe a la situación económica, pero cuyos efectos se dirigen a la posibilidad de ampliar los supuestos de reparto de dividendos (dada la prohibición de repartir dividendos por debajo de la cifra de capital y la constitución de reservas), lo que se puede entender como una orientación realmente contraria al mantenimiento de una mayor garantía patrimonial⁸⁴⁶.

“La sociedad...” ob cit p.1094 “no parece prudente esperar a que el capital se pierda totalmente” habida cuenta el carácter capitalista de la sociedad; PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit. p.325, función de garantía de la cifra de capital frente a terceros.

⁸⁴¹ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” ob cit p. 1048.

⁸⁴² URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” ob cit p. 1048 y 1054.

⁸⁴³ Es decir la cifra de capital por si sola no determina contablemente una información completa, por lo que un aumento o disminución de capital no supone una mejor información para quien consulte los datos económicos, pues las pérdidas del ejercicio de la compañía pueden observarse en los diversos estados contables

⁸⁴⁴ Las eventuales pérdidas en que pueda incurrir una compañía figurarán en la cuenta de pérdidas y ganancias que una vez terminado el ejercicio se incorporarán al balance en la cuenta 121 “resultado de ejercicios anteriores”, dentro de la cuenta 12 relativo a resultados pendientes de aplicación, en el grupo I de financiación básica, regulado en el cuadro de cuentas de la cuarta parte del plan General de Contabilidad aprobado por el Real Decreto 1514/2007 de 16 de noviembre. Existen otros estados contables que garantizan el conocimiento de las pérdidas de la compañía, como el estado de cambios en el patrimonio neto, el estado de flujos de efectivo y la memoria. Por todo ello la cifra de capital por si sola no determina contablemente una información completa, por lo que un aumento o disminución de capital no supone una mayor garantía informativa

⁸⁴⁵ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit. p.325

⁸⁴⁶ URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” ob cit p.1048. “aunque en contra de este régimen podría argumentarse que el mismo, al obligar al restablecimiento inmediato del equilibrio patrimonial, faculta a la sociedad para disponer de los eventuales beneficios que obtenga en el futuro, cuando en caso contrario debería haberlos conservado en su patrimonio hasta la completa cobertura de la cifra de capital” ob cit p.1054, por lo que teniendo en cuenta las normas sobre reserva legal, dicha previsión resulta incluso contraria al incremento de garantías reales y no nominales como persigue la norma.

b) Crisis concursal

La crisis empresarial adquiere relevancia concursal cuando se dan determinados presupuestos de insolvencia que ponen en riesgo la satisfacción de los acreedores, y por ello es que cumple una función esencial en el ordenamiento encaminada a la protección del derecho de crédito. La ley 22/2003 es la culminación de una importante reforma en el derecho concursal español que supuso cambios estructurales en nuestro derecho, entre otros la unificación del tratamiento en la crisis de las personas naturales y personas jurídicas⁸⁴⁷, eliminándose así los diversos procedimientos de quita y espera por un lado (para no comerciantes), y de quiebra y suspensión de pagos por otro, dando lugar a un procedimiento único de concurso, independiente de la naturaleza jurídica del deudor sin perjuicio de las especialidades referenciadas en cada caso a lo largo del articulado de la ley⁸⁴⁸. El legislador de la reforma en el seno del debate parlamentario entendió que no existía fundamento alguno para mantener procedimientos autónomos por razón de la condición del deudor⁸⁴⁹. Además de la unificación destaca en la reforma la desaparición del carácter represivo del concurso y simplificación del procedimiento⁸⁵⁰. En cuanto al fin del concurso, se optó por la finalidad solutoria, donde la finalidad del mismo no se redirige esencialmente en el saneamiento o reorganización de la empresa en crisis, sino en la satisfacción crediticia⁸⁵¹. No obstante, en la reforma se advierte una priorización de las soluciones conservativas (convenio), frente al criterio prevalentemente liquidativo que caracterizaba a la legislación anterior⁸⁵². En cualquier caso, la finalidad del procedimiento concursal, va dirigida a la satisfacción mediante la resolución de los problemas que plantea la concurrencia de una pluralidad de acreedores a la masa insuficiente o insolvencia actual del deudor, para con ello garantizar el cobro de dicha pluralidad de acreedores en condiciones de igualdad y no discriminación, (lo que supone la afirmación del principio *par conditio creditorum* frente a *prior in tempore potior in iure*⁸⁵³), sin perjuicio de la existencia de los créditos privilegiados que por su naturaleza merezcan una satisfacción preferente frente a los ordinarios, o créditos subordinados que se satisfacen en último lugar. En el momento de elaboración de este trabajo se está tramitando una nueva reforma de algunos artículos de la Ley Concursal, mediante el Proyecto de Ley presentado el 23 de marzo de 2011, entre los que destaca una nueva redacción de la responsabilidad concursal de los administradores⁸⁵⁴.

⁸⁴⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. “Artículo 1 LC” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros). *Comentario de la Ley concursal*. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 143 y ss; PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit. p. 146 y ss.

⁸⁴⁸ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit. p.136 y ss.

⁸⁴⁹ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. “Artículo 1...” ob cit. p. 143. La Exposición de Motivos en el punto II establece los principios de unidad legal, de disciplina y de sistema.

⁸⁵⁰ parte II de la Exposición de Motivos Ley 22/2003.

⁸⁵¹ PULGAR EZQUERRA, Juana. “Artículo 2. El presupuesto objetivo”. En AAVV. *Comentarios a la legislación concursal* (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal). Tomo I. Madrid: Dykinson-Registradores de España, 2004. p. 94.

⁸⁵² PULGAR EZQUERRA, J. “Artículo 2...” ob cit. p. 94. sobre la finalidad eminentemente liquidativa del derecho de quiebra español anterior a la reforma en PULGAR *La reforma...* ob cit. p. 21 y ss.

⁸⁵³ GARRIDO, JM. *Tratado...* ob cit p. 722 y ss; PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit. p.151-152

⁸⁵⁴ Junto a la inclusión de un nuevo artículo 172 bis relativo a la responsabilidad concursal, se incluyen otras reformas. En tal sentido la nueva Ley favorecerá los acuerdos previos para la salvación preconcursal de las empresas, ofreciendo salidas al deudor al margen del proceso concursal, persiguiendo la descongestión los juzgados de lo mercantil (Por ejemplo, facilitar tanto las propuestas anticipadas de convenio como la conclusión de acuerdos de refinanciación de deuda entre el deudor sus principales acreedores, impulsar los acuerdos extrajudiciales de refinanciación que permitirían, sobre la base de la continuidad de la actividad, maximizar el valor del patrimonio del deudor común, establecimiento de la exclusiva legitimación de la administración concursal para impugnar acuerdos

Desde la perspectiva del concurso societario y de los deberes preconcursales de los administradores, nos interesa la delimitación de tres conceptos fundamentales: el precurso, el interés del concursal, y la insolvencia actual o inminente de la sociedad.

a. El interés concursal

El procedimiento concursal se constituye como un mecanismo esencial para la defensa conjunta de los derechos de crédito⁸⁵⁵. Una vez cumplidos los presupuestos objetivos y subjetivos, y declarado el concurso, ello supone una alteración o suspensión de la dinámica normal de las relaciones jurídicas entre deudor y acreedor, esencialmente porque implica un límite a la capacidad de disposición del deudor de su patrimonio, además de los restantes efectos que en la relación produce la declaración de concurso (efectos sobre el deudor, sobre los acreedores, sobre los contratos, y sobre la masa activa). Cuando el deudor es una sociedad, esta alteración afecta incluso de modo especial a las propias normas societarias, en cuanto implica una alteración orgánica de la misma en lo referente a las obligaciones del administrador y a su fidelidad al interés social. La actuación del administrador societario –que puede ser sustituida por un administrador concursal o liquidador en su caso–, se vincula ahora, necesariamente con el interés del concurso, es decir, con el interés de los acreedores⁸⁵⁶, quedando el interés social en un segundo plano. Así, una vez declarado el concurso, el interés social pasa a sustituirse por el llamado interés concursal⁸⁵⁷. En este sentido, podemos afirmar que los deberes del administrador cambian su orientación una vez iniciado el concurso, ya que mientras la obligación de diligencia y lealtad de un administrador se define en la persecución del interés social, una vez declarado el concurso, dichos deberes quedan postergados, donde la actuación del administrador se debe dirigir a favorecer el interés concursal⁸⁵⁸, encaminado a la satisfacción de los créditos, lo que generalmente será

de refinanciación, una nueva regulación sobre los acuerdos de este tipo que pueden homologarse ante el juez- los acreedores que soliciten la homologación del acuerdo deberán ser entidades de crédito titulares, al menos, del 75 por 100 de la deuda titularidad de entidades financieras-). También se incrementan las atribuciones de los administradores concursales, exigiéndoles mayor responsabilidad. También destaca el desarrollo del procedimiento abreviado o simplificado (Con el fin de reducir tiempos y costes del proceso concursal, se prevé que el juez podrá aplicar el procedimiento abreviado cuando considere que el concurso reviste escasa complejidad, atendiendo a que una serie de datos objetivos y sin perjuicio de la posible valoración individual que en cada caso pueda hacer; también en otros casos como cuando el deudor presente una propuesta anticipada de convenio, de transmisión de la empresa o cese de la actividad sin trabajadores a su cargo), y el fortalecimiento de los derechos laborales en el concurso (el principio esencial de que las cuestiones laborales sometidas al proceso concursal deben tener en cuenta los principios inspiradores de la rama social del Derecho). Se persigue además la profesionalización de la administración concursal, mediante criterios de capacidad y responsabilidad, como mecanismo de ayuda frente a los jueces del concurso. Por ello, los administradores tienen la capacidad para subsanar los errores del listado de acreedores, para reducir posibles incidentes concursales, y retrasos.

⁸⁵⁵ DÍEZ-PICAZO. *Fundamentos...* II. ob cit p. 941 “la naturaleza del concurso como juicio o procedimiento es, evidentemente, procesal, puesto que el concurso es un proceso, pero ello no puede hacer olvidar que el concurso está reglado por normas sustantivas”.

⁸⁵⁶ Que es el “Interés solutorio de los acreedores pretendiendo la mayor satisfacción posible de sus créditos de manera ordenada”, tal y como indica SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “El interés del concurso en la Ley 22/2003, de 11 de julio, Concursal”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni*. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 446. TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p 1066 y ss, como criterios que tutelan los diferentes intereses subjetivos concurrentes.

⁸⁵⁷ Que se traduce en el deber de conservación de la masa activa del artículo 43.1 LC: “En el ejercicio de las facultades de administración y disposición sobre la masa activa, se atenderá a su conservación del modo más conveniente para los intereses del concurso.” MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Artículo 43...” ob cit p.890-891.

⁸⁵⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA. “Intereses de los socios e intereses del concurso ...” ob cit p.313 y 314; MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Artículo 43...” ob cit p.890

contrario al interés común de los propios socios y de la sociedad que representa. Por ello, la cuestión que se plantea ahora necesaria es, en primer lugar, la determinación cierta del momento en que se produce tal cosa, y en segundo lugar, si existen determinados deberes de los administradores previos a la declaración del concurso (que se prevé cercano).

La cuestión, que parece más o menos clara una vez abierto el concurso, parece más dudosa al trasladarse al momento previo de la propia declaración, es decir, si la sustitución del interés social se produce de forma inmediata una vez declarado el concurso o si existe un momento previo a la insolvencia en que el administrador debe de empezar a compaginar ambos intereses en protección de los acreedores y de un concurso probable, en detrimento de los socios y por tanto del interés social. Con ello se está haciendo referencia a la delimitación de los conceptos de insolvencia actual, y de insolvencia inminente. Es necesario tomar en consideración la dificultad de delimitación del concepto de insolvencia como presupuesto objetivo del concurso, que ha dado lugar a no pocos debates en la doctrina, y a una gran heterogeneidad conceptual en las legislaciones en el derecho comparado.

b. La sociedad insolvente: Insolvencia actual como concepto dinámico

El debate acerca de la técnica jurídica a utilizar con el concepto de insolvencia adquirió gran protagonismo en el debate parlamentario de la reforma⁸⁵⁹. El legislador español en la definición del concepto de insolvencia adoptó como regla general una posición entre la solución alemana e italiana, de insolvencia de fondo, pero completada a través de una relación de casos (hechos externos) definidores de insolvencia, propia del estilo francés (art. 2.4 LC)⁸⁶⁰. Pero esta relación de hechos externos determinantes de insolvencia, como *numerus clausus*⁸⁶¹, será necesaria sólo en los casos de concurso necesario, es decir, en que sean los acreedores quienes pretendan instar el concurso (art. 22.1 LC), no así en el caso del concurso voluntario, donde aquellos hechos externos funcionan, eso sí, a modo de presunción *-iuris tantum*⁸⁶² - de que el deudor es conocedor de su propia insolvencia (art. 5.2 LC). Por ello, el deber del deudor de solicitar el concurso en el plazo de dos meses (o poner en conocimiento del juzgado que ha iniciado negociaciones con los acreedores), no es necesariamente desde que concurra alguno de los hechos externos, sino desde que supiera o debiera haber sabido, el estado de insolvencia⁸⁶³. De ahí que el concepto de insolvencia –como concepto de fondo-

⁸⁵⁹ PULGAR EZQUERRA, J. “Artículo 2...” ob cit. p.94

⁸⁶⁰ “(1.) El sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor.

(2.) La existencia de embargos por ejecuciones pendientes que afecten de una manera general al patrimonio del deudor.

(3.) El alzamiento o la liquidación apresurada o ruinosa de sus bienes por el deudor.

(4.) El incumplimiento generalizado de obligaciones de alguna de las clases siguientes: las de pago de obligaciones tributarias exigibles durante los tres meses anteriores a la solicitud de concurso; las de pago de cuotas de la Seguridad Social, y demás conceptos de recaudación conjunta durante el mismo periodo; las de pago de salarios e indemnizaciones y demás retribuciones derivadas de las relaciones de trabajo correspondientes a las tres últimas mensualidades.”

⁸⁶¹ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración...* ob cit. p.334.

⁸⁶² SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis. “El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia”. En GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dir.), QUINTANA CARLO Ignacio (dir.), BONET NAVARRO Ángel (dir.), *Las claves de la ley concursal 2005*, p. 44.

⁸⁶³ En tal sentido CONDE DÍEZ: “Considerada dañina para los acreedores toda situación de insolvencia del deudor, el legislador pretende con ello compeler a éste a que no espere a que aquéllos insten su concurso necesario

adquiere una gran relevancia a efectos de determinar la responsabilidad del administrador por concurso culpable, habida cuenta de su deber como órgano de la persona jurídica (art. 3.1 LC).

El concepto de insolvencia es definido en el artículo 2.3 LC como el estado en que el deudor “*no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles*”. Cuando en la LC se hace referencia a *cumplir regularmente*, no se alude tanto a una cuestión temporal, sino más bien en relación a los medios empleados para poder cumplir⁸⁶⁴. Respecto de la exigibilidad de las deudas, implica que para poder considerar como insolvente al deudor, no se pueden considerar supuestos de simples previsiones de impagos futuros, sino más bien una imposibilidad de cumplir con las obligaciones vencidas (“*por muy grave y por muy desesperada que sea la situación de ese deudor, sin exigibilidad no puede hablarse de insolvencia*”)⁸⁶⁵. En este sentido una interpretación dinámica del concepto de insolvencia ha sido defendida por un importante sector de la doctrina⁸⁶⁶, sobre la base de la necesidad de adoptar criterios flexibles en función del caso que puedan ser los determinantes de una insolvencia de fondo, y no de una mera situación numérica que refleje simples situaciones transitorias de dificultades. Ello se puede hacer desde una aproximación al concepto alemán de insolvencia que ha hecho un sector de la doctrina⁸⁶⁷ partiendo de la dualidad de conceptos de la InsO, no en sentido estricto, sino dinámico, (referidos tanto insolvencia entendida como impago –*Zahlungsunfähigkeit*–, como el desbalance –*Überschuldung*–, entendido como incapacidad del activo para cubrir las deudas). El legislador español ha optado en la definición de insolvencia por el criterio de unidad de presupuesto objetivo económico⁸⁶⁸, sobre la base de una situación de insolvencia de fondo, lo que implica la dificultad, en determinados casos, de la valoración⁸⁶⁹ de la situación, donde habrá que tener en cuenta las expectativas de evolución existentes, es decir, en un sentido dinámico, de no atender a circunstancias transitorias en virtud de criterios meramente numéricos -como situaciones de impuntualidad o falta de liquidez⁸⁷⁰–, sino más bien como una insolvencia efectiva de fondo⁸⁷¹.

pues cuanto más tiempo transcurra en estado de insolvencia sin instar el concurso, más difícil será la recuperación.” CONDE DÍEZ, Ricardo. “Capítulo I: de los presupuestos del concurso” en *Comentario a la legislación concursal*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 291.); también SUÁREZ LLANOS “El presupuesto objetivo...” ob cit p. 44-45.

⁸⁶⁴ Se refiere a la imposibilidad de utilizar medios normales, regulares lícitos, etc. para cumplir las obligaciones, en ROJO “Artículo 2...” ob cit p. 172; PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p. 330

⁸⁶⁵ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. “Artículo 2 LC.” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros) *Comentario de la Ley concursal*. Civitas, 2006. p. 171.

⁸⁶⁶ PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p. 319-322; DUQUE DOMÍNGUEZ, “Sobre el concepto básico...” ob cit p.1010. Sobre el concepto amplio de insolvencia vid SUÁREZ LLANOS “El presupuesto objetivo...” ob cit p. 40; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “La preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”. En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p.16-17 que propugna la necesidad de un concepto *flexible* de insolvencia como presupuesto objetivo dada la dificultad que existe en la determinación y el peligro preconcursal que existe cuando la mayoría de las empresas entran en concurso en un avanzado estado de crisis, lo que en ocasiones requerirá de una conveniente anticipación del tratamiento jurídico del concurso. En el mismo sentido vid ALONSO UREBA “Art. 172.3...” ob cit p.1437

⁸⁶⁷ SCHMIDT, K, referenciado en PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p.322

⁸⁶⁸ Pese a ello, como ya se dijo anteriormente, la interpretación de la insolvencia de fondo es mayoritaria en la doctrina alemana, lo que acerca el resultado de fondo de ambas legislaciones. La diferencia puede ser más aparente que real. En este sentido las diferencias terminológicas de los distintos idiomas afectan intensamente en esta materia, vid BACHNER, T. *Creditor...* ob cit p.47 y 202.

⁸⁶⁹ DUQUE DOMÍNGUEZ, “Sobre el concepto básico...” ob cit p.1010, hace referencia a la necesidad de una valoración conjunta del patrimonio del deudor, y ob cit 1012 y 1013 respecto de la existencia de diferentes criterios que determinan la capacidad de la empresa.

⁸⁷⁰ El concepto de iliquidez se utiliza en el derecho concursal comparado (*iliquidity*) como presupuesto, pero no tanto en el sentido de falta de líquido exigible, sino más bien como imposibilidad de pago en u momento concreto, así, BACHNER, T. *Creditor's...* ob cit p.47 y 202), en el sistema anglosajón de *winding up*, a efectos de responsabilidad se hace referencia a insuficiencia de activos para el pago de las deudas (*balance sheet test*) según s. 214 (*wrongful*

Los test de solvencia (*solvency test*) que tratan de proporcionar criterios objetivos de determinación de la crisis, y que se han desarrollado principalmente en el ámbito anglosajón⁸⁷² como estándar de detección *ex ante* del desbalance (*balance sheet test*) y la iliquidez (*cash flow test*), tampoco han supuesto un punto acuerdo sobre su contenido y alcance⁸⁷³, pues las circunstancias de cada sociedad siempre serán distintas en función de su estructura, riesgo⁸⁷⁴. Pero la cuestión que ahora interesa no es tanto profundizar en el estudio de la determinación del concepto de insolvencia –como cuestión más propia del estudio de los presupuestos objetivos en el derecho concursal–, sino más bien hacer referencia a la distintas consecuencias que se preveen en la Ley, entre insolvencia actual e insolvencia inminente, pues mientras la insolvencia actual implica un auténtico deber para el administrador, que debe promover o solicitar la declaración de concurso bajo el riesgo de ser calificado de concurso culpable -y responsable de parte de los créditos no satisfechos con la masa activa-, en la insolvencia inminente no hay más que una mera facultad de aquel para instar el proceso concursal, que no generará responsabilidad por su no solicitud⁸⁷⁵.

c. Insolvencia inminente

El presupuesto objetivo del concurso es “*insolvencia del deudor común*” que se traduce en la imposibilidad de “*cumplir regularmente sus obligaciones exigibles*” (artículo 2.1º y 2º LC). La insolvencia actual se traduce en el incumplimiento o cumplimiento irregular⁸⁷⁶ (esto es, cuando para cumplir el deudor se ve obligado al alzamiento o a la realización apresurada o liquidación ruinosa de sus bienes⁸⁷⁷) de una deuda, exigible. Por tanto, solamente cuando la deuda sea exigible -o se cumpla alguno de los supuestos del artículo 2.4º LC, pero dichos casos- podemos hablar de insolvencia actual y por tanto de un auténtico deber del administrador de promover el concurso, tal y como establece el artículo 5 LC, “*dentro de los dos meses siguientes a la fecha en que hubiera conocido o debido conocer su estado de insolvencia*”. Todo ello, en sentido contrario, deja abierta una infinidad de casos de crisis empresariales y de una previsión o probabilidad de insolvencia⁸⁷⁸, en que el administrador no aparece todavía obligado a la promoción de la declaración concursal por no haberse manifestado la insolvencia en una lesión efectiva de un derecho de crédito. En esos casos en que por tanto, la crisis

trading), aunque se ha venido extendiendo por vía jurisprudencial al criterio de la iliquidez (*cash flow test*), pero no referido como mera iliquidez sino como imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones exigibles, en VIÑUELAS SANZ, Margarita. “Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: “*wrongful trading*”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 255, 2005, p. 310.

⁸⁷¹ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración...* ob cit p 322.

⁸⁷² Section 123 y 214 *Insolvency Act* inglesa. Recientemente el *Rickford Report* ha defendido un *solvency test* restando importancia al desbalance frente a la iliquidez. Vid MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 39

⁸⁷³ FERNANDEZ DEL POZO “El nuevo <<test de balance>> bajo las normas contables internacionales” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p. 113.

⁸⁷⁴ Pues además, con una concepción inflexible de dichos modelos estandarizados se corre el riesgo de desincentivar la inversión frente a una escasa utilidad como mecanismo de protección de los acreedores. MIOLA “Tutela de los acreedores...” ob cit p.36.

⁸⁷⁵ No obstante, como ha señalado ROJO, que sea insolvencia inminente no significa que no pueda ser declarado culpable, pero no lo será por su no solicitud sino por otros motivos de los art. 72 LC). ROJO FERNÁNDEZ RÍO, Ángel. “Artículo 2...” ob cit p. 179

⁸⁷⁶ SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 67.

⁸⁷⁷ PULGAR EZQUERRA J. “Artículo 2...” ob cit. p. 114.

⁸⁷⁸ SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 68.

existe, aunque la insolvencia no se ha manifestado todavía (pero donde la crisis empresarial hace prever una imposibilidad futura de atender regularmente a los créditos), podemos hablar de insolvencia inminente.

Cuando el administrador prevea que no podrá cumplir regular y puntualmente sus obligaciones, podrá instar el concurso por insolvencia inminente, pero si ello no es así, nos encontramos ante una situación de proximidad a la insolvencia extraconcursal. La solicitud de concurso por insolvencia inminente es una facultad y por tanto, en principio, no estamos ante un auténtico deber del administrador. Y es en esta fase donde se plantea el núcleo de la problemática en estudio, es decir la definición de los deberes fiduciarios de los administradores en esa fase intermedia de insolvencia previsible, próxima o inminente⁸⁷⁹, pero preconcursal, donde el interés concursal todavía no ha sustituido al interés social, y que por tanto, determina la licitud de algunas medidas que pueden resultar perjudiciales para los acreedores. Los casos de proximidad a la insolvencia o de insolvencia inminente, son casos de crisis como mera dificultad, en una fase anterior a la insolvencia y por tanto, fuera de las normas concursales, lo que dirige los deberes de los administradores a sus deberes generales de diligencia en el sentido de los artículos 127 y siguientes del LSA. Pero la existencia de una insolvencia probable, plantea la duda de si la actuación de los administradores deben encaminarse de alguna manera o en alguna medida a minimizar dichas pérdidas potenciales (mediante la información, la declaración de concurso inminente, o la toma de decisiones conservativas, etc...).

c) Interés concursal Vs Interés social

El administrador como órgano social se debe enteramente en su lealtad y esfuerzo al interés de la sociedad (226 LSC), por lo que en los casos de crisis empresarial, lo razonable será entender que éste ha de realizar todos los actos necesarios para salvar a la sociedad de la posible liquidación definitiva. En tal intento, los derechos o intereses de los acreedores pueden verse potencialmente lesionados, por la asunción de determinados riesgos. Si se dan los presupuestos del concurso, las normas concursales resuelven la cuestión, pues es el interés concursal el que viene a sustituir al interés de la sociedad cuando concurre el presupuesto objetivo del concurso (art. 43 LC). La cuestión se plantea en los casos previos al concurso o de proximidad a la insolvencia, en que todavía no se dan dichos presupuestos objetivos (de insolvencia actual) donde no existe una obligación expresa de solicitar el concurso, pero que no obstante, dada la gravedad de la crisis o la proximidad de la insolvencia, el riesgo para el interés de los acreedores es grande⁸⁸⁰.

Existen casos en que el administrador puede ser conocedor de hechos futuros, datos, o circunstancias próximas, que no implican una insolvencia actual, pero que suponen un riesgo grave para la empresa (por ejemplo, informaciones macroeconómicas

⁸⁷⁹ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

⁸⁸⁰ No obstante la el concepto de interés concursal no es siempre unidireccional. En ocasiones el interés de los acreedores es el mantenimiento de la actividad del concursado, como por ejemplo en relaciones comerciales continuadas, y sobre todo en lo referente a la protección del empleo (tal y como indica la exposición de motivos de la propia Ley Concursal), por lo que el interés concursal también supone el interés de los trabajadores en la conservación de sus puestos. Vid. SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “El interés del concurso...” ob cit p. 457.

que afecten a la situación financiera de la empresa, datos que implican una futura bajada del precio de la acción, hechos externos del mercado, datos sobre los futuros competidores, etc...), y que le hacen ser conocedor de que las circunstancias se agravarán y podrán desencadenar en una liquidación definitiva⁸⁸¹. Cuando la sociedad entra en dificultades serias que amenazan la viabilidad de la continuación de la empresa, así como la viabilidad de las siguientes inversiones que ésta realizará, los accionistas requieren al administrador para que salve a la empresa, lo que sólo será posible mediante la continuación de la actividad, con independencia del riesgo que ello conlleve, con lo que deberá mantener aún más si cabe el deber de secreto (232 LSC) y procurando no transmitir determinadas informaciones, o realizando inversiones de alto riesgo que salven la situación⁸⁸², pero que ponen en serio peligro el patrimonio empresarial y con ello los créditos que de ello dependen. En tales situaciones el interés de los accionistas vendrá determinado por cualquier opción menos el concurso que pone fin a la persecución de su propio interés⁸⁸³. Por ello, la responsabilidad limitada de la sociedad marca el límite del riesgo asumido por el accionista, por lo que estarán dispuestos a asumir inversiones subóptimas⁸⁸⁴, o de alto riesgo⁸⁸⁵, pues llegados a este punto, será el acreedor quien verdaderamente va soportar el riesgo, cuando el accionista ya no tenga que perder. Muchos acreedores al conocer tales circunstancias no querrán seguir manteniendo relaciones comerciales con la sociedad, lo que implica un empeoramiento de la situación, o una pérdida de esperanzas de salvar a la compañía. La cuestión implica por tanto, un conflicto de interés en las situaciones de crisis preconcursal, entre acreedores y accionistas⁸⁸⁶.

Desde la perspectiva del deudor, los actos controvertidos del administrador pueden ir en dos líneas: respecto de la información suministrada a los contratantes, y respecto de la conservación patrimonial (asunción de riesgos). Respecto a la primera cuestión, no será extraña la situación en que el administrador de la sociedad en crisis recurra a la ocultación de información relativa a la situación patrimonial, que puede ser necesario para salvar la situación de crisis, ya que se necesitará de la confianza de los operadores, confianza susceptible de debilitarse cuando la crisis empresarial se hace pública y notoria, por lo que el administrador intentará revestir dicha situación económica. La cuestión será determinar hasta donde llegan los deberes informativos del administrador en base a la buena fe contractual, en detrimento del interés social. En cuanto a la segunda cuestión, los socios necesitan medidas arriesgadas para salvar su situación y su inversión, ya que llegados a un punto de dificultad donde su inversión inicial ya está perdida, a partir de entonces dejan de asumir el riesgo de las operaciones (responsabilidad limitada), mientras que los acreedores preferirán decisiones más conservadoras en aras de cobrar sus créditos. Obviamente el administrador debe tratar de salvar la empresa, pero existe un desplazamiento del riesgo en el que habrá de estimar que índice de riesgo es asumible para no diluir el derecho de los acreedores en el naufragio de la inversión.

⁸⁸¹ Sobre la responsabilidad del administrador por el endeudamiento progresivo vid CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. p.32 y ss.

⁸⁸² La llamada “huida hacia adelante”, vid BERMEJO GUTIERREZ, Nuria; RODRIGUEZ PINEAU, Elena. “Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal”. En *Revista para el Análisis del Derecho*. N° 4, 2006. Disponible en web www.indret.com. p. 6

⁸⁸³ FERNANDEZ DEL POZO, L. “Sobre la preconcursalidad...” ob cit p. 11.

⁸⁸⁴ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 449-450.

⁸⁸⁵ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79.

⁸⁸⁶ MARIN DE LA BÁRCENA. “El interés social...” ob cit p.253-254 y ss.

3. La Responsabilidad de los administradores de sociedades en crisis

A. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES DE SOCIEDADES EN CRISIS EN EL DERECHO COMPARADO.

a) Derecho inglés: wrongful trading

Es sabido que son grandes las diferencias entre el derecho concursal español y anglosajón, tanto por su evolución histórica como por su estructura actual. Mientras el derecho español parte de una unificación concursal, el régimen de la *Insolvency Act* inglesa se divide esencialmente en tres tipos de procedimientos en función del fin pretendido: rescate de la compañía (*voluntary rescue* o *administration order*⁸⁸⁷), el ejercicio de una garantía (*receiver* desconocida en nuestro derecho)⁸⁸⁸ o la liquidación final y disolución por insolvencia (*winding up*). Es en este último caso en el que opera la responsabilidad por *wrongful trading*. La responsabilidad concursal de los administradores en el derecho anglosajón viene establecida en la *Insolvency Act* de 1986 a través de dos figuras, *fraudulent trading* y *wrongful trading*, que se diferencian en la actuación dolosa o negligente del administrador respectivamente, y que tienen lugar en uno de los procedimientos concursales -*Winding up*- encaminados a la liquidación y disolución por insolvencia de la *company*⁸⁸⁹.

El *fraudulent trading* además de ser la primera de ambas normas en ser regulada en el derecho legislado (en la *Company Act 1928* y *1929*), supone un auténtico precedente del *wrongful trading* por la insuficiencia de aquella en la protección de los acreedores⁸⁹⁰, en los casos de insolvencia negligente⁸⁹¹. La *section 213 IA* establece la responsabilidad por *fraudulent trading*, de aquellas personas⁸⁹² —que generalmente serán

⁸⁸⁷ MORSE, G. *Company Law*...ob cit p. 696 y ss;

⁸⁸⁸ MAYSON *Company Law*...ob cit p. 628; MORSE, G. *Company Law*...ob cit p. 667 y ss; El derecho inglés ofrece varios mecanismos de rescates para intentar proteger los créditos de los acreedores antes de la liquidación, que son los procedimientos de *administration*, *administrative receivership*, *company voluntary agreement*, y *schemes of arrangements*.

⁸⁸⁹ El derecho concursal anglosajón se divide esencialmente en tres tipos de procedimientos en función del fin perseguido: Un primer procedimiento encaminado al rescate (*rescue*) de la compañía puede ser mediante consenso con los acreedores (*voluntary arrangement*), o a través de administración intervenida (*administration orders*). Otro tipo de procedimientos es el *receivership*, como ejecución de un tipo de garantía de deudas (*floating charge*) que afecta al total activo patrimonial de la compañía, generalmente bancos (desconocido en nuestro derecho). El *winding up* es el procedimiento concursal encaminado a liquidación por insolvencia de la sociedad. Se puede ser voluntario (*voluntary winding up*) o no (*compulsory winding up*) lo que implica la intervención judicial de la liquidación. DAVIES, P.L. *Gower's Principles of modern company Law*. Sweet and Maxwell, London: 1997, p. 833 y ss. MORSE, G. *Company Law*...ob cit p. 712 y ss

⁸⁹⁰ VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad*... ob cit p.130.

⁸⁹¹ El *fraudulent trading* se regula en la *section 213* de *Insolvency Act* de 1986: "...with intent to defraud creditors of the company [...] are to liable to make such contributions to the company's assets as the court thinks proper."

⁸⁹² No se refiere la *section 213 IA* específicamente a los *directors*, sino *any person* que maliciosamente continuara el desempeño de la sociedad en perjuicio de acreedores —lo que permite ampliar la responsabilidad más allá de los que ostentan el cargo formal de administrador- PENNINGTON *Directors*'...ob cit p.191; VIÑUELAS *Insolvencia*...ob cit p. 302. Tampoco el hecho de ser director presupone su participación o ánimo fraudulento, sino que como indica PENNINGTON "it must be proved that they took active part in the management of the company during the period while debt or other liabilities were incurred fraudulently.." ob cit p. 191.

los administradores-, en el marco de una situación de insolvencia o de un proceso concursal de liquidación (*winding up*), por la adopción de medidas encaminadas al fraude de acreedores. El tribunal puede condenar a aquellos a contribuir al patrimonio social en la cuantía en que estime conveniente⁸⁹³. En este sentido, la norma sólo se refiere a los casos de dolo o conducta fraudulenta, lo que implica que en un principio, no alcanzaba a aquellas situaciones de ausencia de dolo en que se amparaban los administradores negligentes y en que los acreedores que veían lesionados sus créditos⁸⁹⁴. Y es que, en efecto, no es suficiente la mera negligencia en la cesación en los pagos para poder hablar de fraude, pues hace falta un elemento volitivo como ha declarado la propia jurisprudencia⁸⁹⁵, relativa a la necesidad de probar la inequívoca intención fraudulenta (*“The intention to defraud or to be dishonest must be deliberate and proved beyond reasonable doubt”*)⁸⁹⁶, lo que dejaba muy reducida la aplicabilidad de dicha norma.

Así surge *wrongful trading*, regulada en la *section 214* de la *insolvency Act*⁸⁹⁷, como una regla de responsabilidad concursal de los administradores⁸⁹⁸ encaminada a la protección de los activos sociales en interés de los acreedores cuando no existen perspectivas razonables de poder evitar la liquidación por insolvencia de la sociedad⁸⁹⁹. El objetivo era extender los efectos de dicha regla más allá de los casos de dolo o fraude, haciendo posible la responsabilidad de los administradores no diligentes, en aras del interés de los acreedores sociales, de tal manera que los administradores no puedan protegerse frente a los daños ocasionados a los acreedores en casos en que es difícil apreciar el ánimo fraudulento, pero no así en caso de falta de diligencia⁹⁰⁰.

La regla de responsabilidad de los administradores por *wrongful trading* se traduce en la obligación impuesta por el tribunal de contribuir a la masa del patrimonio social en la cuantía que el tribunal estime conveniente⁹⁰¹, en aquellos casos en que

⁸⁹³ MAYSON *Company Law*...ob cit p. 664.

⁸⁹⁴ La razón de ello radica en la dificultad que existía para acreditar la conducta fraudulenta de determinados directores, por lo que en la mayoría de las ocasiones quedaban eximidos de responsabilidad, VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad*... ob cit p. 130-131.

⁸⁹⁵ RYAN, Christopher L. *Company director: liabilities, rights and duties*. 3ª Ed. Oxfordshire: CCH, 1990, p. 59. Así la sentencia del caso *White and Osmond*: “...What is manifestly wrong is if directors allow a company to incur credit at a time when the circumstances that is clear the company will never be able to satisfy the creditors. However, there is nothing to say that directors who genuinely believe that the clouds will roll away and the sunshine of prosperity will shine upon them again...”

⁸⁹⁶ RYAN, *Company*... ob cit p. 58; BACHNER, *Creditor protection*...ob cit p.208 y ss. Vid. BRUNET, Delphine. “La protección de los acreedores y la responsabilidad de los administradores en el derecho inglés”. *Derecho de los Negocios*. Julio-agosto de 2011, nº 250-251, p. 15.

⁸⁹⁷ El párrafo 1º de la S. 214 IA. hace referencia “*in the course of the winding up of a company*” en relación a “*director of the company, the court, on the application of the liquidator, may declare that that person is to be liable to make such contribution (if any) to the company’s assets as the court thinks proper*”. En tal sentido el párrafo 2º (b) se refiere: “*at some time before the commencement of the winding up of the company, that person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation*”.

⁸⁹⁸ A diferencia de *fraudulent trading*, se refiere específicamente al administrador: “*A person who is or has been a director of the company...*” (*subsection 1*) *Company Act 1986*; y también incluye *shadow director* (*subsection 7*). Vid. FLETCHER, *Law of insolvency*... p. 523. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit. p. 15.

⁸⁹⁹ La norma se desarrolló en la *section 214* de la *Insolvency Act*, impulsada por las propuestas del llamado Cork Report que defendían la necesidad de establecer una norma por *wrongful trading* que pretendiera superar los problemas de aplicación del *fraudulent trading*, estableciendo una responsabilidad por actitud negligente, en base a un test objetivo de diligencia, y en una cuantía a criterio del juez. Vid. VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad*... ob cit. p. 131.

⁹⁰⁰ BACHNER, *Creditor protection*... ob cit p. 212-213; VIÑUELAS SANZ, “Insolvencia...”ob cit. p.304-305.

⁹⁰¹ *May declare that that person is to be liable to make such contribution to the company’s assets as the court thinks proper* (*subsection 1*). MAYSON *Company Law*...ob cit p. 668.

sabían o debieron haber sabido⁹⁰² que no había perspectivas razonables que indicaran que la sociedad podría evitar la liquidación por insolvencia (*That person knew or ought to have concluded that there was no reasonable prospect that the company would avoid going to insolvent liquidation* .-subsection 2), y no dió todos los pasos adecuados encaminados a minimizar las pérdidas potenciales de los acreedores de la sociedad (*Took every step with a view to minimising the potential loss to the company's as he ought to have taken*.-subsection 3). Se trata por tanto de una responsabilidad del administrador que debió saber la situación y no tomó medidas en protección de los créditos. Por tanto queda exonerado aquel administrador que si tomo medidas, es decir, que dio los pasos necesarios para evitar la insolvencia⁹⁰³. Pero dichas medidas o “*pasos necesarios*” no se especifican en la norma, y por tanto han sido objeto de desarrollo de la Jurisprudencia que ha entendido como tales medidas diversas: seguimiento del consejo de profesionales, cesión del negocio o convocar a los acreedores para informarlos del estado financiero de la empresa⁹⁰⁴. Se entiende por tanto que el intento de acuerdo o la información de la situación al acreedor puede operar como una causa de exoneración de la responsabilidad por *wrongfull Trading*⁹⁰⁵, entendemos que ello es sobre la base del acreedor informado con capacidad para asumir decisiones acerca del riesgo de su crédito.

Respecto al nivel de diligencia (*duties of skill and care*), la norma se refiere a dos parámetros: uno objetivo relativo a la diligencia que se puede esperar razonablemente respecto de todo aquel que ocupa un puesto de similares características, y otro subjetivo relativo a los conocimientos concretos que ese director tiene⁹⁰⁶. En este sentido, las circunstancias, el tamaño y la naturaleza de la sociedad, son relevantes a la hora de determinar el grado de diligencia exigible, por lo que dicha diligencia exigible será aquella que se deba esperar de un administrador diligente de una sociedad, de un determinado tamaño y naturaleza (estándar objetivo), pero dicha diligencia será mayor si los conocimientos del administrador son mayores que los que se puedan esperar de tales circunstancias (estándar subjetivo)⁹⁰⁷

⁹⁰² FLETCHER, Ian F. “Cuatro décadas de reforma del derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. 2008, p. 51. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 16

⁹⁰³ MAYSON *Company Law*...ob cit p. 669.

⁹⁰⁴ DOYLE, L. G. *Insolvency Litigation*... ob cit p. 166y ss. MARIN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit 93.

⁹⁰⁵ BRUNET, D. “La protección...” ob cit 15-16.

⁹⁰⁶ DOYLE, L. G. *Insolvency Litigation*... ob cit p. 166. Aunque el administrador carezca cualificación o de unos conocimientos amplios, la expresión “*knew or ought to have concluded*” implica que se le debe exigir un standard mínimo de diligencia (objetivo): “*It follows that if a person is not sufficiently qualified experienced and/or skilled for the task which he undertake then he will still be judged by the objective standards which may be expected of a person in a position which he hold*”. En cambio, cuando se trate de administradores con alta cualificación que excedan de dicho estándar objetivo, habrá que exigirle una mayor diligencia acorde a sus específicos conocimientos y situación personal: “*Conversely an individual whose attributes exceed those objectively required standars will be judged by his own higher standard.*” Ob cit p. 166.

Por otra parte PENNINGTON. *Director's*... ob cit. p. 193: “*It does not suffice that he took reasonable steps to avoid an insolvent liquidation of the company. He must take every step which he should take.*”. Refiriéndose a medidas tales como financieras, reducción de costes, ventas de activos, renegociación de modos de pago, etc. Es decir, cualquiera que se deban tomar en general un director, pero en especial aquellas que el hubiera tomado en sus particulares circunstancias si hubiera sido diligente.

⁹⁰⁷ PENNINGTON, *Director's*...ob cit. p. 193 “*the director's conduct is to be judged by an objective standard, namely the conduct to be expected of a reasonably competent director of a company of the nature and size of the company in liquidation, but if the director's liability is greater than that of the average reasonably competent director, he is to be judged by the standard that he personally should have attained.*”; sobre prueba del conocimiento en base a los criterios subjetivos FLETCHER “Cuatro décadas...” ob cit p. 52. Sobre el estandar de diligencia debida en *wrongfull trading* vid . tb FLETCHER *Law of insolvency*... ob cit p. 524 y 525

La mayoría de la doctrina y la Jurisprudencia anglosajona la concibe como una responsabilidad indemnizatoria, más que sancionadora⁹⁰⁸. El criterio objetivo que se adopta por tanto, es el de la crisis irreversible como punto de inflexión, que determina el surgimiento de un concreto deber frente a los acreedores⁹⁰⁹. No obstante, para salvar la dificultad de determinación de dicho momento así definido (crisis irreversible), se establece como momento de insolvencia aquel en que existe una insuficiencia de activos de la sociedad para el pago de las deudas (*balance sheet test*), o situación de iliquidez (*cash flow test*)⁹¹⁰.

La legitimación exclusivamente es del administrador concursal (*liquidator*), que deberá probar la falta de diligencia del administrador (*duties of skill and care*). Un sector de la doctrina ha defendido esta finalidad de atribuir esta legitimación exclusiva al liquidador concursal para evitar reclamaciones individuales de los acreedores en perjuicio del conjunto, frente a otro sector que manifiesta la injusticia de dicha norma cuando exista un único acreedor⁹¹¹.

A diferencia de la responsabilidad concursal del derecho español⁹¹², es un tipo de responsabilidad, aparentemente de mayor amplitud en sus presupuestos objetivos, que implica cualquier conducta negligente del administrador que determine un perjuicio al derecho del acreedor, como consecuencia de la insolvencia societaria. Por ello, el *wrongful* hace referencia a un –aparentemente- deber preconcursal⁹¹³, encaminado no sólo a predecir la insolvencia sino a minimizar de modo activo o directo el perjuicio o coste de los acreedores. Esta amplitud de supuestos susceptibles de determinar la responsabilidad del administrador, determina una forma de actuar no sólo en insolvencia sino también en la proximidad a la insolvencia (*onset insolvency*)⁹¹⁴. La dificultad reside en el hecho de que el administrador debe predecir la insolvencia⁹¹⁵ y además determinar el momento en que la crisis es objetivamente irreversible (*reasonable prospect*)⁹¹⁶, para lo que se ha utilizado el argumento de la insolvencia probable (*likely*) o muy probable

⁹⁰⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA. “El concepto...” ob. cit. p. 258; BACHNER *Creditor protection*...ob cit p.215-218; DOYLE, Louis G. *Insolvency Litigation*. Sweet and Maxwell. London 1999. p. 168

⁹⁰⁹ La regla implica dos deberes en si: el administrador debe darse cuenta de la irreversibilidad de la crisis y debe minimizar sus efectos OMAR “European initiatives...” ob cit p. 243

⁹¹⁰ En este sentido la section 214.6 IA. DAVIES, P. *Gowers principles*... ob cit p. 153. En tal sentido DOYLE, Louis G. *Insolvency Litigation*. ... ob cit p. 169, “...based on a reasonable accounting view that the alleged date the assets of the company were sufficient to meet its liabilities and the expenses of the winding up, irrespective of the fact that subsequently the amounts realized for those assets was significantly less than the valuation given”. Vid. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10.

⁹¹¹ MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 86. No obstante, dicha exclusividad es contraria a las recomendaciones del Cork Report (VIÑUELAS SANZ *Responsabilidad*... ob cit p.135 nota 222).

⁹¹² Sin perjuicio de que cualquier conducta culpable del administrador pueda ser cubierto con otro tipo de responsabilidad ex artículo 133 LSA, MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit. p. 257.

⁹¹³ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés...” ob cit. p. 257. referente a predecir la insolvencia, y evitar los perjuicios a los acreedores, teniendo en cuenta los intereses de estos en función de la regla par conditio creditorum. PENNINGTON. *Directors’*...ob cit p.193. Respecto al ámbito temporal a que se refiere la Ley comenta RYAN: “The danger for directors is that there is no time limit from which the section ought to take effect, consequently the section may be used against a director even where the liquidation does not occur until several years after the alleged wrongful trading.” RYAN C. *Company*... ob cit. p. 64.

⁹¹⁴ BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10, respecto de la extensión del wrongful Trading a situaciones de proximidad a la insolvencia (*Gwyer v London Wharf (limehouse) Ltd.* [2003], 2 BCLC 153), riesgo de insolvencia (*Liquidator of West Mercia Safetywear v Dodd* [1988] 4 BCC, 30) e inestabilidad financiera (*Facia Footwear Ltd. V Hincliffe* [1998] 1 BCLC, 218).

⁹¹⁵ OMAR, “European initiatives...” ob cit p. 244 “the difficulties attendant on directors second-guessing the economic climate in order to predict their company’s chances of success”. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10.

⁹¹⁶ FLETCHER “Cuatro décadas...” ob cit p. 51.

(*more likely than not*)⁹¹⁷, no obstante una interpretación extensiva de dicho momento, puede llevar a resultados ineficientes que promuevan el abandono prematuro en la búsqueda del éxito empresarial de la *company* por parte del administrador⁹¹⁸.

b) Derecho de EEUU

La potestad legislativa de cada estado federal de los Estados Unidos, supone que cada uno disponga de su propia legislación societaria (*statutes*) que, no obstante, se ha construido generalmente, a través del *American Law Institute*, sobre las bases de *Revised Model Business Corporation Act* de 1984, que regula los deberes de los administradores (*duties of care and duty of loyalty*), y cuyo enjuiciamiento se ha realizado sobre la base de la aplicación de la regla del juicio empresarial (*Business Judgment Rule*)⁹¹⁹ como juicio de diligencia empresarial (*standard of care*)⁹²⁰. En situaciones normales de solvencia, el administrador mantiene una relación fiduciaria con la *corporation*, y persigue el interés de ésta, entendido como maximización del valor de los socios (*shareholders*)⁹²¹. No obstante, la legislación de la mayoría de los estados permite al administrador considerar o perseguir otros intereses además del de los accionistas, como pueda ser el de los acreedores, empleados, clientes, etc...(stakeholders), pero de modo voluntario, es decir, sin reconocer acción directa contra el administrador por la inobservancia de dichos intereses⁹²². Por tanto, los acreedores de la *Corporation* -y demás grupos de interés- sólo tendrán acción directa frente al administrador en caso de ilícito contractual por la vía general de responsabilidad (*tort law*), pero no por la vía de los deberes fiduciarios del administrador, que en principio, su deber de lealtad (*duty of loyalty*) es para la compañía y sus socios⁹²³.

En situaciones de Insolvencia la cosa cambia. Los tribunales si reconocen la existencia de dichos deberes fiduciarios de los administradores derivados del *common law*, como protección para los acreedores frente a la insolvencia de la compañía⁹²⁴. En

⁹¹⁷ VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad...* ob cit. p. 145 y ss.

⁹¹⁸ Lo bueno de esta acción, señala FLETCHER (“Cuatro décadas...” ob cit p.55), es que desde una perspectiva *ex ante* el administrador toma conciencia de otros intereses en peligro, lo que incentiva a una actitud preventiva. No obstante como señala OMAR (“European initiatives...” ob cit p. 245), ello también hay que ponderarlo pues desincentiva actitudes encaminadas a la salvación empresarial. Vid KEAY, A. “The Director’S Duty To Take Into Account The Interests Of Company Creditors: When Is It Triggered?” *Melbourne University Law Review*. August 2001 - Volume 25, No.2 p. 320 y ss., donde hace referencia al abandono de la postura de la insolvencia probable (*likely* en vez de *more likely than not*), por el riesgo de abandono prematuro e injustificado ante la crisis que ello puede acarrear. VIÑUELAS SANZ “Insolvencia...” ob cit p.314.

⁹¹⁹ GROSS-BROWN, Sigfrido. “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº 37, julio-diciembre, 2011. p. 308 y ss.; PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit. p. 87.

⁹²⁰ GUERRERO TREVIJANO, Cristina. “La Business Judgment Rule en los procesos de M&A”. En *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*. Num.122, 2011. p. 184 y ss. se refiere a una triple vertiente: (i) deber de vigilancia en la gestión y marcha de la sociedad (ii) deber de investigar, como deber de comprobación de la información y (iii) deber de informarse antes de adoptar decisiones de su competencia. (ob cit p. 184).

⁹²¹ MARÍN DE LA BÁRCENA “El interes...” ob cit. P. 259.

⁹²² S. 171 b *New York Business Corporation Law*.

⁹²³ MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit. p. 94.

⁹²⁴ RUBEN, Neil. “Duty to creditors in insolvency and the zone of insolvency: Delaware and the alternatives” en *NYU Journal of law & Business*. Vol7.1 (2010). p. 338. MARÍN DE LA BÁRCENA “El interes...” ob cit. p. 94; PASBAN, M.R. “A Review of Directors’ Liabilities of an Insolvent Company in the U.S. and England”. En *Journal of Business Law*. Enero 2001 p. 41 y ss.

tales casos la actividad gestora de los administradores deberá ir dirigida no sólo a la sociedad sino también a tomar en cuenta el interés de los acreedores⁹²⁵. En el *Bankruptcy Code* se establecen dos procedimientos, la *reorganization* encaminada a la reflotar a la compañía, y la *liquidation*, a la liquidación por insolvencia. Existen dos normas de protección de los créditos: *fraudulent conveyances* dirigida a evitar la obstaculización de los administradores a la satisfacción de los créditos, y *equitable subordination*, encaminada a postergar los créditos.

No obstante, pese a que no existe en EEUU un concepto único de insolvencia, para la determinación de los presupuestos objetivos que justifican la apertura de un proceso concursal, se ha acudido tanto a criterios de sobreendeudamiento (*Balance sheet test*)⁹²⁶ como a criterios de cesación de pagos (*Equitable insolvency*)⁹²⁷, para la determinación de la misma. En cualquier caso la práctica de los tribunales se dirige a un criterio de insolvencia irreversible, como el determinante para poder considerar el surgimiento de un interés exclusivo de los acreedores como consecuencia de la insolvencia empresarial⁹²⁸.

La dificultad, por tanto, se encuentra en la determinación un momento exacto desde el que se identifique la situación de insolvencia⁹²⁹. Por ello, dada la dificultad de determinación de los presupuestos que perfilan un concreto punto de inflexión, en algunos casos, los tribunales han ampliado la perspectiva a una zona fronteriza, y han venido manejando el concepto de “zona de insolvencia” (*zone of insolvency*)⁹³⁰ para referirse a aquella zona en la que, antes del concurso, existe una alta probabilidad significativa de que la sociedad no podrá hacer frente a sus obligaciones⁹³¹. No obstante, la Corte Suprema de Delaware ha declarado expresamente la diferencia entre una empresa insolvente y una empresa solvente que navega en una zona de insolvencia. Así en el caso *North American Catholic Educational Programming Foundation vs Gheewalla* (521 de 2006) manifiesta el Tribunal que cuando una sociedad solvente opera en la zona de insolvencia el interés de los administradores de la sociedad no cambia, y deben seguir manteniendo sus deberes (*in the best interest of the Corporation*) frente a la sociedad y frente a sus accionistas (*for the benefits of its shareholder owners*)⁹³².

En el derecho estadounidense no existe una norma específica que directamente establezca el deber del administrador de promover el concurso en caso de insolvencia, y la protección del acreedor se construye jurisprudencialmente sobre la base de estos

⁹²⁵ PATRONE, M. “Directors’ Fiduciary Duties in the Zone of Insolvency and Actual Insolvency: to whom, what and when”. *Harvard Law school*, May, 2011, p. 3 en <http://ssrn.com>. RUBEN, N. “Duty to creditors in insolvency ob cit p. 346-347.

⁹²⁶ Este criterio es el recogido en el artículo 1302 de *Delaware General Corporation Law*.

⁹²⁷ Sentencia de *Chancery Court Delaware: Credit Lyonnais Bank Netherland v Pathe Communications* (1991)

⁹²⁸ Parece lógico que cuando quepa el saneamiento (*reorganization*) se tengan en cuenta todos los intereses, y sólo cuando la situación sea irresoluble (*liquidation*) se tome en cuenta en exclusiva el interés acreedor. En tal sentido *Manville corp v. Equito Security Holders Comité* 1986.

⁹²⁹ La cuestión se centra en no adoptar un criterio excesivamente severo que desincentive a los administradores. Así la *Chancery Court* de Delaware en el asunto *Francotyp-Postalia AG V On Target Tech* manifestaba que en el test de insolvencia es necesario tener en cuenta la realidad del negocio, pero sin dejar de tener en cuenta las posibilidades de resurgimiento del negocio.

⁹³⁰ SPRAYREGEN / FREEDMAN / CHO, *The zone of insolvency: When has a company entered into it, and once there, what are the board’s duties?* KIRKLAND & ELLIS. May 2002. p.2 y ss.

⁹³¹ PATRONE, M. “Directors’ Fiduciary Duties ...” ob cit p. 1-2.

⁹³² “Directors must continue to discharge their fiduciary duties to the Corporation and its shareholders by exercising their Business judgment in the best interest of the Corporation for the benefits of its shareholder owners” (Sentencia de la Supreme Court del estado de Delaware de 18 de mayo de 2007 *North American Catholic Educational Programming Foundation vs Gheewalla* 521 2006).

deberes fiduciarios frente a los acreedores, no como atención a sus intereses, sino como un deber de procurar que estos puedan cobrar sus créditos y sean tratados por igual⁹³³. En algunos estados la naturaleza de estos deberes fiduciarios de los administradores, se han fundamentado en la *Trust Fund Doctrine*⁹³⁴. Cuando la empresa se encuentra en una situación saneada la perspectiva conservativa de las tesis de la *trust fund* encaja mal con el riesgo que debe ser inherente a la propia actividad empresarial, dado que los administradores vendrán obligados a llevar a acabo determinadas estrategias empresariales de inversión, y cuya valoración vendrá sometido al juicio empresarial (*Business Judgment Rule*)⁹³⁵. En el *trust law* el *trustee* debe ser prudente y evitar riesgos para el *trust fund*⁹³⁶. Por ello, en situaciones de crisis empresarial, donde la actividad conservativa desempeña un papel especial, algunos sectores de la doctrina han tratado fundamentar la protección del crédito en base a esta *trust fund doctrine* de tal manera que se que obliga al administrador -al igual que al *trustee*- a mantener una conducta conservativa de los activos sociales, donde no puede realizar actos especulativos y no esté protegido por la *Business Judgment Rule*⁹³⁷.

Resta hacer alguna referencia en este sentido a la promulgación en 2002 de la Ley Sarbanes Oxley de 23 de enero para sociedades cotizadas (en respuesta a los escándalos contables y financieros de grandes empresas como ENRON, TYCO, WOLDCOM, etc...) supuso un reforzamiento de las obligaciones fiduciarias de los administradores, y por tanto un incremento del *standard of care*, (esencialmente en materia de obligaciones de información), lo que ha desatado la crítica de una gran parte de la doctrina en base al desincentivo a la asunción de riesgo por parte de los administradores⁹³⁸.

c). Derecho alemán

El artículo 93.1 AktG establece la cláusula general de diligente desempeño del cargo de los administradores (*ordentlichen und gewissenhafte*)⁹³⁹. Con la modificación realizada del precepto en 2005⁹⁴⁰ se viene a adoptar el espíritu de la regla de la *Business judgment rule* norteamericana⁹⁴¹, con la intención de ampliar el margen de

⁹³³ MARIN DE LA BARCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 95.

⁹³⁴ PATRONE, M. “Directors’ Fiduciary Duties ...” ob cit p.3.; tb. PASBAN, M.R. “A Review of Directors’ Liabilities ...”ob cit p.41.

⁹³⁵ El objetivo de la regla del buen juicio persigue no desincentivar decisiones de inversión por el miedo a la responsabilidad empresarial. En este sentido FLEISCHER, H “La <<business judgment rule>> a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho” en *Revista del Derecho mercantil* 2002, p.1727 y ss.

⁹³⁶ MORSE, G. *Company Law*...ob cit p. 345; MAYSON *Company Law*...ob cit p. 447 en tanto en cuanto que el administrador es alguien que actúa o se comporta en nombre de otro (“*relationship of trust and confidence*”) basado en la confianza y confidencialidad. GARRETA SUCH *La responsabilidad*... p. 70.

⁹³⁷ Mientras algunos tribunales seguidores de la doctrina del *trust* consideran que los derechos a proteger son exclusivamente los de los acreedores, los detractores dicen que se ha de ponderar conjuntamente ambos intereses, en MARIN DE LA BARCENA “El interés...” ob cit. p. 260.

⁹³⁸ FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...>>” ob cit p. 1732 y ss.

⁹³⁹ Dicha norma desempeña según la doctrina mayoritaria una doble función: criterio calificador de la responsabilidad de los administradores, y descripción de las obligaciones empresariales (REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants Dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*. París: Lextenso (L.G.D.J.), 2010. p.16).

⁹⁴⁰ UMAG 22 de septiembre de 2005

⁹⁴¹ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p. 16-17.

discrecionalidad de los administradores para la toma de decisiones empresariales (*unternehmerischen Entscheidung*)⁹⁴², al prever la inexistencia de incumplimiento de sus deberes en los casos de toma de decisión empresarial cuando el administrador pudo creer razonablemente que actuaba sobre la base de una información adecuada (*Grundlage angemessener Information*)⁹⁴³.

En los casos de crisis empresarial el ordenamiento alemán establece para el administrador determinados deberes de promover el proceso concursal, así como deberes de conservación de la masa⁹⁴⁴. No obstante, el derecho concursal alemán (*Insolvenzordnung de 1994*) no establece un régimen específico de responsabilidad frente a los acreedores concursales, sino que se ha construido sobre la base de una reciente jurisprudencia relativa a la posibilidad de exigir responsabilidad a los administradores por los daños causados a la masa activa. Al no existir un sistema específico de responsabilidad concursal, hay que acudir al régimen general de responsabilidad interna (*Inenhaftung*) de los administradores⁹⁴⁵ frente a la sociedad por daño al patrimonio social -en la sociedad anónima (*AktGH*) por la vía de la acción social 93.2 y 147 AktG, y en el ámbito de la sociedad limitada (GmbH) los artículos 43 y 46.8 GmbHG- como acción por lesión al patrimonio social. Los acreedores y terceros en general en un principio se encontraban desprovistos de acciones específicas de protección, y ha sido por la vía de la Jurisprudencia⁹⁴⁶, por la que se ha efectuado un cambio interpretativo al reconocer a los acreedores la posibilidad de acudir a la vía general de responsabilidad directa frente al administrador sobre la base del art. 823 BGB⁹⁴⁷.

En cuanto al deber de promover el proceso concursal, la legislación societaria establece una prohibición de continuar el desarrollo de la actividad empresarial sin adoptar medidas de saneamiento, según dispone el artículo 92.1 AktG, que obliga al administrador a convocar a la junta de accionistas cuando el balance presente unas pérdidas por debajo de la mitad del capital social emitido. En aquellos casos en los que la sociedad no pueda superar la situación de insolvencia, ya sea por cesación de pagos (*Zahlungsunfähigkeit*), ya sea por desbalance (*Überschuldung*)⁹⁴⁸, el administrador deberá solicitar el concurso en el plazo de tres semanas desde que se produjo la insolvencia (artículo 15 a.1 InsO)⁹⁴⁹.

En cuanto al deber de conservación de la masa los artículos 92.2 AktGH y 64 GmbHG disponen que después de producirse la insolvencia o cesación de pagos (*Zahlungsunfähigkeit*) o sobreendeudamiento (*Überschuldung*) los administradores no podrá hacer ningún pago después de esa fecha, salvo aquellos que son coherentes con la diligencia de un administrador ordenado y diligente (*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*), es decir, aquellos imprescindibles para la continuación de la actividad

⁹⁴² FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...>>” ob cit p. 1728 y ss.

⁹⁴³ La jurisprudencia alemana ya venía reconociendo la necesidad de reconocer un amplio margen de actuación para el administrador, sin la cual una actividad empresarial es difícilmente concebible. Vid LUTTERMANN, Claus. “Desarrollos del derecho de la empresa en Alemania” en *Revista de derecho de sociedades*. Nº 10, 1998, p.492.

⁹⁴⁴ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilicé des dirigeants...* ob cit p. 188

⁹⁴⁵ BACHNER. *Creditor protection...* ob cit p.189.

⁹⁴⁶ BACHNER. *Creditor protection...* ob cit p. 184 y ss.

⁹⁴⁷ VERDU CAÑETE *La responsabilidad...* ob cit p. 66; MARIN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 99.

⁹⁴⁸ KIRCHHOF. “Erster Teil...” ob cit p.143 (*Zahlungsunfähigkeit*) y (*Überschuldung*)159.

⁹⁴⁹ PULGAR EZQUERRA, J. *Declaración...* ob cit p. 319. REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilicé des dirigeants...* ob cit p. 188-189.

normal de la empresa⁹⁵⁰. Junto a ello, la legislación concursal establece un complejo sistema impugnación de actos perjudiciales realizados antes de la declaración del concurso⁹⁵¹, cuyo plazo depende de determinados requisitos subjetivos: durante los diez años anteriores (133 InsO) en caso de perjuicios intencionados (*Vorsätzliche Benachteiligung*)⁹⁵², durante los dos años anteriores en las transmisiones realizadas a personas especialmente relacionadas con el deudor (133 y 138 InsO), y finalmente para el resto de casos un plazo de entre uno y tres meses según los casos en función del requisito subjetivo de la existencia de conocimiento por parte del adquirente de que existía una situación de insolvencia⁹⁵³.

En el caso de inobservancia de tales deberes por parte de los administradores, existe una responsabilidad específica por el daño ocasionado al patrimonio social (por no solicitar el concurso o por disminución de la masa respecto de pagos hechos después de la insolvencia o desbalance de la sociedad) por la vía de la acción social 93.2 AktG, como consecuencia de la vulneración de sus deberes de lealtad y diligente desempeño del cargo (*ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters*) del art. 93.1 AktG.

Respecto de la posibilidad de una acción directa de los acreedores frente a los administradores, la Jurisprudencia⁹⁵⁴ alemana ha dado un giro⁹⁵⁵ permitiendo la acción de responsabilidad a favor de los acreedores posteriores al concurso, sobre la base del artículo 823 y 826 BGB en consonancia con el art. 92 AktG y 64 GmbHG. En estos casos se ha venido realizando una diferenciación entre los acreedores posteriores a la causa de concurso (*Neugläubiger*), y los anteriores (*Altgläubiger*)⁹⁵⁶.

Respecto de los acreedores anteriores al concurso (*Altgläubiger*) la jurisprudencia reconoce una acción a favor de éstos, pero promovida por el administrador concursal frente al administrador sobre la argumentación de que los artículos 823 BGB y 92 AktG y 64 GmbHG⁹⁵⁷ son normas dirigidas a la protección de terceros, por lo que resulta adecuada la indemnización de los administradores por el daño colectivo producido a la generalidad de los acreedores⁹⁵⁸. La legitimación de esta acción corresponde al administrador concursal en la búsqueda del resarcimiento de los daños colectivos sufridos por el conjunto de acreedores concursales para la reintegración de la masa, y que no obstante se solapa con la acción social de responsabilidad⁹⁵⁹. La responsabilidad de los administradores frente a los acreedores se refiere a la indemnización de la hipotética cuota (*Quotenschaden*) que hubieran recibido en caso de instarse el concurso debidamente⁹⁶⁰.

⁹⁵⁰ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants...* ob cit p. 195

⁹⁵¹ KREFT "Dritter Abschnitt". En AAVV *Insolvenzordnung*. Heidelberg: CF Müller. 2006, p. 769 y ss.

⁹⁵² BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 75, KREFT "Dritter Abschnitt" ob cit p. 805 y ss.

⁹⁵³ KREFT "Dritter Abschnitt" ob cit p. 727 y ss.

⁹⁵⁴ BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 75 La rescisión en el derecho alemán se divide en aquellos casos en que el adquirente de la acción a rescindir es acreedor concursal (*Insolvenzgläubiger*), como es el caso de *Kongruente Deckung*, 130 InsO; *Ikongruente Deckung* 131 InsO), y aquellos otros en que el adquirente es un tercero (*Shuldners*), en *Rechtshandlungen* 132 InsO.

⁹⁵⁵ Esencialmente se produce un giro a partir de las Sentencias de 1 de marzo de 1993 y 6 de junio de 1994.

⁹⁵⁶ MARIN DE LA BARCENA "Deberes y responsabilidad..." ob cit p. 98

⁹⁵⁷ BACHNER *Creditor's protection...* ob cit p. 196 y ss.

⁹⁵⁸ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants...* ob cit p. 195.

⁹⁵⁹ BACHNER. *Creditor protection...* ob cit p. 188-189; OMAR, P. "European initiative..." ob cit p. 247.

⁹⁵⁹ VERDÚ CAÑETE La responsabilidad civil... ob cit p. 70-71. MARIN DE LA BÁRCENA "Los deberes y responsabilidad..." ob cit p. 99.

⁹⁶⁰ BACHNER *Creditor's protection...* ob cit p. 201.

Respecto a los acreedores posteriores al concurso (*Neugläubiger*)⁹⁶¹, el camino tomado ha sido otro, a través de un mecanismo de responsabilidad basado en la culpa *in contrahendo*, de tal forma que estos acreedores están legitimados para interponer directamente la acción (*Ausenhaftung*)⁹⁶² que persigue la reparación íntegra créditos frente al administrador culpable (sin la limitación de la cuota *Quotenshaden*) al amparo de la vía general de la responsabilidad civil del artículo 823 BGB en consonancia con el 826 BGB por culpa *in contrahendo*.

d) Derecho francés

El *Code de Commerce* no establece específicamente una cláusula general sobre el deber de diligencia de los administradores, no obstante, dichos deberes se deducen de las normas de responsabilidad⁹⁶³. Frente a la vulneración de sus deberes (*faute en la gestion* L225-251) se reconoce el ejercicio de la acción social de responsabilidad (L225-251 y ss.)⁹⁶⁴ así como la posibilidad del ejercicio de la acción individual⁹⁶⁵. No obstante, a diferencia del derecho alemán, la legislación concursal francesa establece una concreta acción de responsabilidad concursal por déficit (por insuficiencia de activo).

El 1 de enero de 2006 entró en vigor la nueva regulación concursal francesa (Ley 2005-845 de 26 de julio) que ha sufrido ya diversas modificaciones⁹⁶⁶ relevantes a efectos de responsabilidad de los administradores. La nueva Ley, en un principio vino a sustituir a la antigua acción de complemento del pasivo por dos acciones⁹⁶⁷: acción de responsabilidad por insuficiencia de activo (L651 C. Commerce)⁹⁶⁸, y obligación de

⁹⁶¹ Aunque con anterioridad a esta tendencia jurisprudencial los acreedores anteriores tenían que acudir a la vía de la culpa *in contrahendo* (VERDÚ CAÑETE, María José. *La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, 8/2008. p.71). Sobre culpa *in contrahendo* en la jurisprudencia alemana MARÍN DE LA BÀRCENA La acción...ob cit 313-314.

⁹⁶² BACHNER *Creditor's protection*...ob cit p.186 y 187.

⁹⁶³ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p.29;

⁹⁶⁴ COUZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 20 ed. Litec, 2007. p. 139

⁹⁶⁵ SCHOLASTIQUE E. *Le devoir de diligence des administrateurs des sociétés. Droit français et anglais*. LGDJ: Paris. p.30 y ss.; REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p. 90, COUZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*... ob cit p. 141

⁹⁶⁶ Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté; Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010 portant adaptation du droit des entreprises en difficulté et des procédures de traitement des situations de surendettement à l'entrepreneur individuel à responsabilité limitée. PEROCHON. Françoise. "El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (savegarde) de las empresas". En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. N° 8/2008, p.79 y ss

⁹⁶⁷ VALLENS, Jean-Luc. "La reforma del derecho francés de las empresas en dificultades" En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. N°. 4, 2006, p. 399-413; SAINT-ALARY HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: L.G.D.J. Montchrestien, 2001. p.748 y ss. Sobre las principales modificaciones en comparación con el sistema español vid. VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil*...ob cit p. 50 y ss; VIÑUELAS SANZ, M. Responsabilidad...ob cit. p. 108 y ss.

⁹⁶⁸ Redacción actual según Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010, que en según L651-2 dispone: "Lorsque la liquidation judiciaire d'une personne morale fait apparaître une insuffisance d'actif, le tribunal peut, en cas de faute de gestion ayant contribué à cette insuffisance d'actif, décider que le montant de cette insuffisance d'actif sera supporté, en tout ou en partie, par tous les dirigeants de droit ou de fait, ou par certains d'entre eux, ayant contribué à la faute de gestion. En cas de pluralité de dirigeants, le tribunal peut, par décision motivée, les déclarer solidairement responsables"

pago de deudas sociales (L 652 C. commerce)⁹⁶⁹. De estas dos acciones recogidas en la Ley 2005-845 de 26 de julio, la de responsabilidad por deudas sociales del L 652 C. Commerce, ha tenido un corto recorrido siendo derogada en 2008. Esta acción permitía al juez, dentro del procedimiento de liquidación, imputar las deudas sociales a los administradores societarios cuando estos hayan contribuido a la cesación de pagos (*cessation des paiements*), por su mala gestión⁹⁷⁰, en base a la incursión en uno de los defectos de gestión expresamente enumerados (L'652 CCo.). El ejercicio de esta acción resultaba incompatible con la acción de responsabilidad por insuficiencia de activo (L651 C. Commerce)⁹⁷¹ dado que ambas acciones desembocaban en un resultado común, por lo que el legislador francés decidió eliminar la responsabilidad por deudas, dado que entendió que no era necesaria la previsión de dos tipos de responsabilidad con el mismo resultado. Con la acción de complemento de pasivo por insuficiencia del activo, se consigue satisfacer a los acreedores por la parte que no ha sido cubierta por el activo⁹⁷².

La responsabilidad por insuficiencia de activo (L 651 C. Commerce) se ejercita mediante la acción de complemento de pasivo (*complement du passif*)⁹⁷³ que se basa en la mala gestión *-faute de gestion-* del administrador que con su actuación haya contribuido a la insuficiencia de activo (*fait apparaître une insuffisance d'actif*), dentro del ámbito de un procedimiento de liquidación concursal (*liquidation judiciaire d'une personne morale*)⁹⁷⁴. En tales casos, los jueces pueden decidir que las deudas de la persona jurídica sean soportadas, totalmente o en parte, por los dirigentes de la compañía cuando los defectos de gestión hayan contribuido a esa insuficiencia de activo⁹⁷⁵. Por tanto, es una responsabilidad de carácter civil, donde deben concurrir los tres presupuestos de la responsabilidad: (i) una acción u omisión del administrador, (ii) un daño, y (iii) una relación de causalidad⁹⁷⁶.

Respecto al daño, que se traducirá en la insuficiencia de activo⁹⁷⁷, la determinación del importe de la indemnización queda a discreción de la apreciación judicial⁹⁷⁸, dado que el artículo 651-2 Ccom. permite la condena de la totalidad o de parte de la cuantía del déficit. Por lo que respecta a la relación de causalidad consistirá en la falta de gestión del administrador contribuyendo al déficit del activo⁹⁷⁹. No obstante, la principal dificultad radica en la determinación de qué se ha de considerar defecto de gestión (*faute de gestion*), pues la propia Ley ha dejado abierto el campo interpretativo al respecto⁹⁸⁰. En cualquier caso para la imputación de la responsabilidad

⁹⁶⁹ Redacción hoy derogada por *Ordonnance n° 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté*. En tales casos, los acreedores podían ir contra los administradores como responsables de la totalidad de las deudas societarias, si así lo estima el órgano judicial, mientras que con el régimen anterior dicha decisión quedaba reducida a la diferencia, por complemento del pasivo.

⁹⁷⁰ VIÑUELAS SANZ, M. Responsabilidad... ob cit. p.123.

⁹⁷¹ SAINT-ALARY HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises*... ob cit p.759 y ss.

⁹⁷² REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p 170. MORALES BARCELO *La responsabilidad*... ob cit p. 54.

⁹⁷³ MORALES BARCELO *La responsabilidad*... ob cit p. 49.

⁹⁷⁴ Antes de la reforma de *Ordonnance n° 2010-1512 du 9 décembre 2010*, esta acción frente al administrador era aplicable tanto en caso de liquidación como de plan de salvaguardia o plan de reorganización: "*Lorsque la résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement judiciaire ou la liquidation judiciaire d'une personne morale fait...*" Antes de la modificación vid. VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad*...ob cit p.111-112

⁹⁷⁵ SAINT-ALARY HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises*... ob cit p.748.

⁹⁷⁶ MORALES BARCELO *La responsabilidad*... ob cit p. 50.

⁹⁷⁷ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p. 170-171

⁹⁷⁸ PEROCHON, Françoise. "El nuevo derecho francés ...ob cit p.86 y ss.

⁹⁷⁹ REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants*...ob cit p. 178 y ss.

⁹⁸⁰ SAINT-ALARY HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises*... ob cit p.750 y ss.

debe tratarse de una actuación dentro del ámbito de gestión empresarial que haya contribuido a la insuficiencia del activo como consecuencia de una imprudencia general o una concreta violación de una norma legal⁹⁸¹.

El plazo de prescripción para el ejercicio de la acción es de tres años desde la apertura judicial de la liquidación⁹⁸², y la legitimación activa para interponerla corresponde en principio al mandatario judicial, al liquidador o al Ministerio fiscal, pero cuando dicha acción no sea ejercitada por estos podrá ser interpuesta por una mayoría de los acreedores concursales nombrados controladores o supervisores (*majorité des créanciers nommés contrôleurs, según dispone L'651-3*)⁹⁸³.

Con este sistema de responsabilidad, la legislación francesa se acerca al sistema de responsabilidad concursal español –y sobre todo de la última reforma de la Ley Concursal⁹⁸⁴ con la introducción del nuevo artículo 172 bis que tiende a acentuar una responsabilidad por déficit- y en cambio con la derogación de la responsabilidad por deudas (L652) se aleja del concepto de responsabilidad por deudas por no disolución de la legislación societaria española⁹⁸⁵.

e) Derecho italiano

El *Codice Civile* italiano en su art. 2392 establece la obligación de los administradores de cumplir con los deberes que les impone la ley y los estatutos con la diligencia requerida por la naturaleza del cargo y de sus específicas competencias, por lo que el nivel de diligencia debido será tanto más elevado cuanto mayor sea la dimensión y complejidad de la empresa⁹⁸⁶. La vulneración de este deber supone la responsabilidad solidaria por los daños causados en su gestión⁹⁸⁷. Por tanto, la sociedad cuenta con la posibilidad de ejercer una acción social de responsabilidad frente al administrador⁹⁸⁸, que también puede ser ejercitada por una minoría de un quinto de los socios (2393-bis CC, cuarentava parte en sociedades abiertas, 2393 bis CC) o por los acreedores sociales para la reintegración del patrimonio social⁹⁸⁹ (2394 CC, acción para

⁹⁸¹ Entre otros ejemplos continuación abusiva de una explotación deficitaria, contabilidad irregular, cesación en los pagos a las Administraciones públicas, etc. VIÑUELAS SANZ, M. Responsabilidad... ob cit p. 113.

⁹⁸² L'651-2 2º párrafo: "*L'action se prescrit par trois ans à compter du jugement qui prononce la liquidation judiciaire*"

⁹⁸³ MORALES BARCELO, La responsabilidad... ob cit p.51

⁹⁸⁴ Proyecto de Ley de Reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Presentado el 23/03/2011, calificado el 29/03/2011.

⁹⁸⁵ MORALES BARCELO, La responsabilidad... ob cit p.50.

⁹⁸⁶ TOFFOLE, Alberto. "Sección 4, Administración y controles". En *Derecho italiano de Sociedades*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p.299. El estándar de diligencia con anterioridad a la reforma se refería a la diligencia del mandatario, esto era la del buen padre de familia, estandar modificado en la Ley Dlg.de 17 de enero de 2003, vid MONTALENTI, P. "La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales" en *Revista de derecho de sociedades*.2004, nº22. p.46-47.

⁹⁸⁷ BONELLI, Franco. «La responsabilità degli amministratori... ob cit p. 30 y ss. DE NICOLA, A. "Articolo 2392. Responsabilità verso la società" En *Commentario alla riforma della società. Amministratori*. p.548;

⁹⁸⁸ En tal sentido DE NICOLA, A. "Articolo 2392..." ob cit 546 señala la naturaleza contractual de esta responsabilidad. BONELLI, Franco. «La responsabilità degli amministratori... ob cit p. 47.

⁹⁸⁹ TOFFOLE, Alberto. "Sección 4..." ob cit p.303.; Un sector de la doctrina considera esta acción como una acción autónoma, mientras otro sector la ve más como una acción subrogatoria. Vid.VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil...*ob cit p. 64

la conservación del patrimonio social). Los socios individuales, acreedores y terceros en general cuentan además con la posibilidad de ejercitar acciones individuales (2.395 CC) por lesión directa de su patrimonio personal (en consonancia con la cláusula general de responsabilidad extracontractual del art. 2043 CC)⁹⁹⁰.

No obstante, no existe una responsabilidad concursal específica. Según la legislación concursal italiana (*Legge fallimentare*)⁹⁹¹ –donde sólo se someten a procedimiento concursal los empresarios que ejercitan una actividad mercantil- no existe un procedimiento concursal único, sino varios procedimientos concursales, unos ordinarios (procedimiento de quiebra –para la liquidación-, y el concordato preventivo –para el saneamiento-) ⁹⁹² y otros especiales para empresas de grandes dimensiones y para determinadas actividades específicas. Dado que no existe un régimen específico de responsabilidad de los administradores por el déficit concursal, se debe acudir al régimen general de responsabilidad societaria de los art. 2392 y ss., para cuyo ejercicio se concede legitimación ⁹⁹³ exclusiva a la administración concursal (*curatore*) según dispone el art. 146 de la *Legge Fallimentare* (y art. 2394-bis CC), previa autorización del juez y previa consulta al comité de acreedores. Por tanto, la protección de los acreedores concursales se realizará generalmente mediante el ejercicio de la acción social por parte del administrador concursal, por los daños derivados de la inobservancia de los deberes de conservación del patrimonio social (2394 CC)⁹⁹⁴.

Además de las acciones de responsabilidad aplicables a la situación de concurso, el Codice Civile prevé también la responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones cuando la sociedad incurra en causa de disolución. Cuando la sociedad incurra en alguna de las causas de disolución (2485-2486 CC), el administrador está obligado a verificar la causa, a publicarlo en el Registro Mercantil, y a limitar la gestión de la sociedad a la conservación del patrimonio (2486 CC). En tal caso, los administradores son responsables de los daños ocasionados por el incumplimiento de dichas obligaciones⁹⁹⁵. El derecho italiano anterior a la reforma de 2003 establecía la obligación de convocar la junta cuando concurriera alguna causa de disolución, con la correspondiente responsabilidad solidaria e ilimitada del administrador⁹⁹⁶ por las deudas generadas por los negocios celebrados con posterioridad a la causa de disolución⁹⁹⁷. No obstante, dicho régimen de responsabilidad por deudas fue eliminando por la reforma de la Dlg. de 17 de enero de 2003, y se sustituye por dos preceptos: responsabilidad por la no inscripción de la causa de disolución (2485 CC) y responsabilidad por no gestionar con el fin de la conservación patrimonial (2486 CC).

⁹⁹⁰ TOFFOLE, Alberto. “Sección 4...” ob cit p. 304.

⁹⁹¹ Sometida a una reforma en el año 2005 que introducía reformas relativas a las acciones revocatorias, concordato preventivo, e introducción de un mecanismo de soluciones extra judiciales a la crisis empresarial. La reforma del año 2006 modificó el procedimiento del concurso (*fallimento*) y derogación de la *amministrazione controllata*. La reforma del 2007 modificó la declaración del *fallimento*, efectos sobre los contratos, y los presupuestos subjetivos del concurso. Vid. MORALES BARCELO, J. *La responsabilidad...* ob cit p. 56 y ss.

⁹⁹² BONFATTI, S. “Reforma concursal italiana versus reforma española” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. N° 8, 2008 p.58. MORALES BARCELO, J. *La responsabilidad...* ob cit p. 58 y ss.

⁹⁹³ VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad civil...* ob cit p. 62.

⁹⁹⁴ MORALES BARCELO, J. *La responsabilidad...* ob cit p.66.

⁹⁹⁵ MORALES BARCELO, J. *La responsabilidad...* ob cit p. 73.

⁹⁹⁶ Que antes se hacía en base al art. 2449.1, dice: “*Gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale (1292) per gli affari intrapresi.*” Pero dicha regulación es derogada en el DI de 17 de enero de 2003.

⁹⁹⁷ Como responsabilidad sanción de RODORF, cit en MACHADO PLAZAS *Pérdidas...* ob cit p. 175.

B. TIPOS DE ACCIONES DE RESPONSABILIDAD DE LOS ADMINISTRADORES POR CRISIS EMPRESARIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

a) El sistema español frente a los sistemas comparados

Podemos decir en materia de responsabilidad de los administradores en la crisis empresarial que pese a que son grandes las diferencias entre el modelo continental y el anglosajón se advierte una tendencia al acercamiento de ambos sistemas. En el derecho inglés y norteamericano basado en la *wrongful Trading* de la *Insolvency Act* inglesa y en los deberes fiduciarios mediante la *business judgment rule*, ha existido un especial interés para no desincentivar la toma de decisiones por parte de los administradores. Se puede advertir un cierto acercamiento donde el derecho continental ha ido adoptando en buena parte las reglas anglosajonas, y los ordenamientos anglosajones han empezado a codificar en algunas materias sus principios configuradores. En el derecho Europeo en materia de responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia, podemos diferenciar aquellos ordenamientos jurídicos (como el francés y el español) que prevén una específica responsabilidad concursal por el déficit de la masa (*complement du pasive* y responsabilidad concursal del 172 bis LC), y aquellos que no prevén dicha responsabilidad específica, teniendo que recurrir a las acciones generales de responsabilidad orgánica (como el modelo alemán o italiano). También, desde otra perspectiva –la de la responsabilidad por deudas–, podemos señalar aquellos ordenamientos como el español y el italiano que prevén una específica responsabilidad por la no disolución de la sociedad, el italiano rebajado a una responsabilidad general, quedándose sólo el sistema español de la responsabilidad por deudas, por la no disolución de la sociedad, como una responsabilidad sin parangón en el derecho comparado.

Como es sabido, en derecho español se disponen de una serie de vías diferentes de discutida naturaleza para la exigencia de responsabilidad de los administradores. La cuestión es que en situaciones de crisis empresarial el comportamiento de los administradores puede quedar sujeto a diferentes vías de exigencia de responsabilidad, o dicho de otro modo, las normas de la crisis empresarial –societarias y concursales– permiten a los acreedores ir contra el administrador a través de distintas acciones compatibles entre sí que acentúan el riesgo del administrador, y que han generado problemas de coordinación entre el derecho de sociedades y el derecho concursal. En el derecho societario junto a la responsabilidad orgánica del artículo 236 LSC, se encuentra regulada la responsabilidad solidaria de las deudas por no disolución (367 LSC). Esto ofrece dos vías dentro del derecho de sociedades para ir contra un administrador en situaciones de crisis: la responsabilidad general y acción por no disolución. Junto a ello, en el derecho concursal se regula la responsabilidad del administrador por concurso culpable una vez abierta la fase de liquidación (172 bis LC).

Así el derecho Español establece un marco de distintas vías compatibles entre sí de acciones independientes que han llamado la atención de la reciente doctrina en lo referente a los problemas de coordinación que los diferentes regímenes ocasionan, y que difiere mucho de los distintos regímenes del derecho comparado de nuestro entorno.

Incluso dentro del marco europeo existe una gran problemática para la homogeneización del derecho por la heterogeneidad en los distintos Ordenamientos en el tratamiento jurídico de la responsabilidad del administrador en crisis, donde se presentan diferentes vías de distinta naturaleza⁹⁹⁸.

b) La responsabilidad societaria por no disolución

La responsabilidad por deudas del administrador por no disolución se debe en nuestro derecho, por un lado a la influencia del derecho comparado⁹⁹⁹ (esencialmente derecho italiano¹⁰⁰⁰ y francés¹⁰⁰¹), y por otro como consecuencia de la armonización impuesta por las directivas comunitarias con el fin de una armonización en la protección de los socios y terceros¹⁰⁰².

La pérdida del patrimonio, por debajo de la cifra de la mitad del capital social, es un parámetro determinante de efectos jurídicos en los distintos ordenamientos, pero de diferente alcance en cada uno de ellos. En el derecho comparado se pueden distinguir aquellos ordenamientos que establecen un modelo puramente informativo como consecuencia de las pérdidas de capital social, de aquellos otros -entre los que ese encuentra el español- que recogen una auténtica responsabilidad del administrador frente a la falta de una concreta reacción por parte de éste. Entre los primeros se encuentra el sistema alemán, que en el art. 92.I AktG¹⁰⁰³ obliga a los administradores (*Vorstand*, no así al *Aufsichtsrat*) a convocar a la junta general, cuando las pérdidas dejen el patrimonio reducido por debajo de la mitad del capital social (*in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht*). Se trata de un deber de carácter informativo¹⁰⁰⁴ por el riesgo que supone dicha situación, que tiende a no demorar el desequilibrio patrimonial sin que sea conocido (*Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen*). En este sentido, cumple dos funciones, una interna de cara a los accionistas para que se decidan a tomar medidas de salvamento y otra externa de cara a acreedores y terceros para salvaguardar sus intereses en caso de una posible liquidación¹⁰⁰⁵. No obstante, ni es causa de disolución ni impone la adopción de medidas obligatorias de saneamiento (función de prevención o aviso *Warnfunktion*), por lo que no existe una concreta responsabilidad del administrador. En un sentido similar se encuentran los derechos holandés e inglés, cuya finalidad es asegurar la información a

⁹⁹⁸ OMAR "The European initiative..." ob cit p. 248.

⁹⁹⁹ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, M^a ISABEL. *Responsabilidades...* ob cit. pp.52 y 599 y ss.

¹⁰⁰⁰ QUIJANO GONZALEZ, "Responsabilidad societaria..." ob cit. p. 40 y ss.

¹⁰⁰¹ MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit. 144 y ss.

¹⁰⁰² El origen de la norma se encuentra en el Anteproyecto de Ley de Reforma Parcial y Adaptación de la Legislación mercantil a la Directivas CEE en materia de sociedades de 19 de enero de 1988 en su art. 152.5. vid. RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, M^a ISABEL. *Responsabilidades...* ob cit. p. 51 y ss. La Propuesta del Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, constituida por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, ha mantenido los elementos esenciales de esta responsabilidad por deudas, modificando parte de su redacción.

¹⁰⁰³ Sección 92.I AktG, dice: "Ergibt sich bei Aufstellung der Jahresbilanz oder einer Zwischenbilanz oder ist bei pflichtmäßigem Ermessen anzunehmen, daß ein Verlust in Höhe der Hälfte des Grundkapitals besteht, so hat der Vorstand unverzüglich die Hauptversammlung einzuberufen und ihr dies anzuzeigen".

¹⁰⁰⁴ MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit p. 118.

¹⁰⁰⁵ OMAR "The European initiative..." ob cit p. 246.

los accionistas pero sin imponer una responsabilidad concreta a los *directors*. Frente a éstos, se encuentran otros sistemas que si establecen una efectiva responsabilidad al administrador por no disolver. Por su parte el sistema francés obliga a convocar junta en cuatro meses, o a instar la disolución en el plazo de otros cuatro meses desde la junta sino se toma dicho acuerdo¹⁰⁰⁶. Ello implicaba una posible responsabilidad civil del administrador por daños causados a la sociedad a los socios, a los acreedores o a terceros¹⁰⁰⁷. El derecho italiano regula la disolución por pérdidas pero por debajo de un tercio del capital (art. 2446 CC)¹⁰⁰⁸, lo que generaba la obligación de convocar la junta, con la correspondiente responsabilidad solidaria¹⁰⁰⁹, en base al régimen del art. 2449 del *Codice Civile*, por los negocios celebrados con posterioridad¹⁰¹⁰. Pero este régimen basado en la responsabilidad por deudas se sustituye por dos preceptos: responsabilidad por la no inscripción de la causa de disolución (2485 CC) y responsabilidad por no gestionar con el fin de la conservación patrimonial (2486 CC).

En derecho español, dentro de los de orientación francesa, venía regulado en los artículos 262.5 LSA y con una dicción muy similar el artículo 105¹⁰¹¹.5 LSRL, todo ello antes de la refundición del Real Decreto Legislativo 1/2010, adoptando el nuevo artículo 367 una redacción idéntica al artículo 262.5º LSA. Cuando concorra alguna de las causas de disolución social, los administradores deberán convocar Junta General en el plazo de dos meses para que adopte el acuerdo de disolución (o en su caso solicitar el concurso). Los administradores están obligados a solicitar la disolución judicial de la sociedad cuando el acuerdo social fuese contrario a la disolución, o no pudiera ser logrado en el plazo de dos meses (desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando ésta no se haya constituido, o desde el día de celebración de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución o no se hubiera adoptado). En caso contrario, responderán solidariamente de las deudas posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución, los administradores que no convoquen la junta general o que no soliciten la disolución judicial (o, si procediere, el concurso de la sociedad). Aunque no se especifique en la redacción del precepto, dicha responsabilidad está orientada a la causa de disolución relativa a las pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a una cantidad inferior a la mitad del capital social, pues es donde adquiere sentido lógico

¹⁰⁰⁶ El art. L 225-248 del *Code de Commerce* señala: «Si, du fait de pertes constatées dans les documents comptables, les capitaux propres de la société deviennent inférieurs à la moitié du capital social, le conseil d'administration ou le directoire, selon le cas, est tenu dans les quatre mois qui suivent l'approbation des comptes ayant fait apparaître cette perte, de convoquer l'assemblée générale extraordinaire à l'effet de décider s'il ya lieu à dissolution anticipée de la société».

¹⁰⁰⁷ MACHADO PLAZAS. *Pérdidas...* ob cit p. 144. ¹⁰⁰⁷ Sobre la responsabilidad del administrador por el endeudamiento progresivo vid CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia ...* ob cit p. 99 y ss. ; VILATA MENADAS, Salvador (dir) y otros. *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. 284 p.

¹⁰⁰⁸ El art.2446 del *Codice Civile* dice: “Quando risulta che il capitale è diminuito di oltre un terzo in conseguenza di perdite, gli amministratori (2381, 2630) devono senza indugio convocare l'assemblea per gli opportuni provvedimenti”

¹⁰⁰⁹ Que antes se hacía en base al art. 2449.1, dice: “Gli amministratori, quando si è verificato un fatto che determina lo scioglimento della società, non possono intraprendere nuove operazioni. Contravvenendo a questo divieto, essi assumono responsabilità illimitata e solidale (1292) per gli affari intrapresi.” Pero dicha regulación es derogada en el DL de 17 de enero de 2003.

¹⁰¹⁰ Como responsabilidad sanción de RODORF, cit en MACHADO PLAZAS *Pérdidas...* ob cit p. 175.

¹⁰¹¹ El artículo 262.2 TRLSA, disponía que los administradores de la S.A. podrían solicitar el concurso, mientras que en el caso de la S.L. el art. 105 establecía solamente la obligación de convocar a la junta. Dicha divergencia ha sido eliminada con la uniformidad de régimen de la nueva Ley de Sociedades de Capital. Vid. MARTÍN REYES, María de los Ángeles. “La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores.” en *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 277 jul-sep. 2010. p. 849-850.

dicha regulación (artículo 363.1.e LSC)¹⁰¹². Antes de la reforma 1013 del 2005, el administrador respondía por todas las deudas de la sociedad, pero la modificación legislativa de la Ley 19/2005 ha supuesto una modificación esencial¹⁰¹⁴, donde se ha pasado a responder solamente de las deudas posteriores, mitigando así los efectos de una responsabilidad sin parangón en el derecho comparado¹⁰¹⁵, pero que, desde otra perspectiva, proporciona una solución a la crisis empresarial en la que los acreedores puedan encontrar satisfacción a sus créditos, conservando los socios el pleno control de la situación, impidiendo el desplazamiento de intereses que se produce con el concurso.¹⁰¹⁶

Una última precisión al respecto se presenta aquí oportuna. Si tomamos de base una interpretación literal del precepto, hay que tener en cuenta que el verdadero presupuesto de la responsabilidad es la existencia de una causa de disolución, pues a partir de entonces es cuando se empieza a responder. Y en tal sentido la dicción del artículo 367 LSC es confusa puesto que pudiera parecer que la insolvencia de la sociedad y la obligación de declaración del concurso son también presupuestos que hacen surgir la responsabilidad del administrador ex 367 LSC. No obstante, no podemos perder de vista que *pérdidas cualificadas* e *insolvencia* no es lo mismo y bien puede darse una sin la otra, y en tal sentido si no concurre causa de disolución no puede computar el momento a partir de cuando el administrador empieza a responder¹⁰¹⁷. Es decir, si la sociedad es insolvente pero no concurre una causa de disolución (por ejemplo pérdidas cualificadas), no surgirá la responsabilidad del administrador ex art.367 pues sólo responde “*de las obligaciones sociales posteriores al acaecimiento de la causa legal de disolución*”. La insolvencia no sólo no es causa de disolución sino que imposibilita la misma si existen acreedores concurrentes. Por ello es que cuando se prevé la responsabilidad cuando no se solicita el concurso, es por la imposibilidad legal de disolver en tales casos, por ello dice “*o, si procediere, el concurso*”. En tal caso para que el administrador responda por no solicitar el concurso ex art. 367 LSC debe de haber concurrido junto a la insolvencia una causa legal de disolución¹⁰¹⁸ (por ejemplo las pérdidas cualificadas que reduzcan el patrimonio neto).

¹⁰¹² La discusión acerca de la naturaleza de la responsabilidad por pérdidas ha generado una larga polémica en la doctrina, (QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad...” ob cit p.41 y ss) que no termina de solventarse dados los problemas del precepto. La tesis de la naturaleza sancionadora no encaja bien dentro del ámbito del derecho privado, y la tesis de la responsabilidad civil no tiene sentido dada la reiteración de regímenes que ello supondría. Vid. RUIZ MUÑOZ “Fundamento y naturaleza...” ob cit p.561 y ss.

¹⁰¹³ Ley 19/2005 de 14 de diciembre de sociedad anónima europea domiciliada en España.

¹⁰¹⁴ Sobre la modificación VIÑUELAS SANZ. “La modificación...” ob cit. RUIZ MUÑOZ, M “Administradores y deudas sociales...” ob cit p.5 y ss

¹⁰¹⁵ CERDÁ ALBERO. “Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Sólos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)” En *Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2001, p. 11.

¹⁰¹⁶ MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 61.

¹⁰¹⁷ BELTRAN, E. “La responsabilidad...” ob cit p.245-246, para que los administradores respondan por no instar la disolución judicial o el concurso, debe subsistir la causa legal de disolución.

¹⁰¹⁸ Así como dice VIÑUELAS SANZ: “*Evidentemente si, por cualquier motivo, desapareciera la causa de disolución o sobreviniera el estado de insolvencia durante el plazo para instar la disolución judicial, los administradores ya no deberían instar ésta, pero si el concurso en el segundo caso.*” VIÑUELAS SANZ, M. “Responsabilidad por obligaciones...” ob cit. p. 40. En el mismo sentido dice BELTRAN que si la sociedad está en insolvencia y procede el concurso carece de sentido poner en marcha una causa de disolución. “*En tales casos los administradores deberán promover la declaración de concurso con independencia de que concurran o no las pérdidas legalmente fijadas como causa de disolución*” BELTRAN, E. “La responsabilidad...” ob cit p. 243.

c) Responsabilidad concursal en Derecho Español

a. La responsabilidad del administrador

La responsabilidad concursal de los administradores se regula en el artículo 172 y 172 bis LC, -añadido este último precepto a través de la la Ley 38/2011 de 10 de octubre, y modificado por el reciente Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo¹⁰¹⁹- según el cual, como consecuencia de la apertura de la liquidación, el juez del concurso en la sentencia que ponga fin a la fase de calificación puede condenar a contribuir a la satisfacción total parcial del déficit (créditos no satisfechos)¹⁰²⁰ a los administradores o liquidadores (de derecho o de hecho) o apoderados generales y -tras la última reforma de 2014- también a los socios que hubieren negado sin causa razonable a la recapitalización de la empresa¹⁰²¹. Sobre esta extensión de responsabilidad concursal al socio, parece oportuno indicar que ello supone una importante modificación del régimen del socio, dado que ahora el socio puede ser afectado por la calificación del concurso en los casos en que no emita voto favorable en la junta que decide acerca de un acuerdo de recapitalización, lo es una limitación no solo a los derechos políticos del socio sino de la autonomía de la voluntad en el ámbito societario, y sobre todo una quiebra al principio de limitación de la responsabilidad del art. 1.2 LSC.¹⁰²²

Para que pueda operar la responsabilidad concursal se requiere la calificación del concurso como culpable, para imponer responsabilidad por los créditos no satisfechos a quienes hubieren tenido la condición de administrador dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso¹⁰²³. Para ello, la propia LC en el artículo 164.1 establece

¹⁰¹⁹ Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, que entró en vigor el 9 de marzo.

¹⁰²⁰ La utilización del concepto de *déficit* para definir el alcance de la responsabilidad supuso una novedad tras la reforma de 2011, por implicar realmente una síntesis conceptual respecto de la expresión utilizada en el antiguo art. 172.3 LC, que se refería al “importe de los créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa”. No obstante, la reforma del concepto tiene una especial repercusión en el sentido del beneficiario, puesto que la LC ya no se refiere a pagar a los acreedores, sino a la cobertura del déficit, con lo cual el importe de la condena ha de ingresar en la masa del concurso y no en el patrimonio de cada acreedor. Vid BELTRÁN, E. “Capítulo VI. La responsabilidad concursal”. En AAVV. *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. p. 227-246.

¹⁰²¹ La reforma del Real Decreto-Ley 4/2014 extiende una importante ampliación de los sujetos responsables al extender la responsabilidad concursal a “los socios que se hayan negado sin causa razonable a la capitalización de créditos o una emisión de valores o instrumentos convertibles en los términos previstos en el número 4.º del artículo 165”. Es decir, la responsabilidad del accionista que en la junta de accionistas no emita su voto en un determinado sentido. El objetivo principal que destila la presente reforma es el de orientar el marco jurídico de la quiebra al salvamento de las empresas en crisis a través esencialmente de un marco que favorezca los acuerdos de refinanciación de las empresas, tal y como reconoce la propia Exposición de Motivos: “los acuerdos de refinanciación son los instrumentos más adecuados para el establecimiento de nuevos calendarios de amortización y condiciones financieras más acordes con la situación del mercado y de las empresas, a cambio de quitas, esperas y capitalizaciones de las deudas”.

¹⁰²² No obstante, por lo reciente de la reforma y siendo una cuestión que de momento nos afecta solo de forma tangencial al objeto del presente estudio, de momento sólo podemos estar atentos a las aportaciones doctrinales que indudablemente vendrán a tratar dicha extensión de responsabilidad, que a priori, parece una importante limitación al estatuto del accionista.

¹⁰²³ Los presupuestos de responsabilidad siguiendo a GARCÍA-CRUCES, se pueden dividir en tres: presupuesto material, que hace referencia a la necesidad de apertura de la fase de liquidación, presupuesto cuantitativo, en tanto en cuanto a la necesidad de insuficiencia patrimonial para la satisfacción completa de los créditos de los acreedores, y subjetivo referente a la necesidad de existencia de una actuación de dolo o culpa grave del administrador o liquidador que implique la calificación del concurso como culpable, en GARCÍA-CRUCES GONZALEZ, José Antonio. “La responsabilidad concursal”, En AAVV, BELTRÁN SÁNCHEZ (coord), ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (coord.) *La responsabilidad de los administradores*, 2005. p. 266. También sobre ello vid ALONSO UREBA “Artículo 172.3...” ob cit p.1436. QUIJANO por su parte habla de cuatro presupuestos: apertura de la fase de liquidación, concurso culpable, créditos insatisfechos, y decisión judicial condenatoria, QUIJANO GONZALEZ, “Responsabilidad

que será calificado el concurso como culpable “*cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales, y en caso de persona jurídica, de sus administradores o liquidadores hecho y de derecho, apoderados generales, y de quienes hubieren tenido cualquiera de estas condiciones dentro de los dos años anteriores a la fecha de declaración del concurso*”. De ello se extrae por tanto, la necesidad, por un lado, de que exista un efectivo agravamiento o generación del estado de crisis de la empresa¹⁰²⁴, y por otro, que exista una conducta dolosa o de culpa grave. Ello implica que no responderá aquel administrador que, de forma diligente, trate de salvar la empresa, y adopte determinadas medidas encaminadas a ello, como por ejemplo, no cumplir con la obligación de solicitar el concurso, siempre y cuando no generen un empeoramiento de la situación patrimonial de la empresa. Respecto a la necesidad de *dolo o culpa grave* que requiere el precepto, un sector de la doctrina¹⁰²⁵ ha mostrado su disconformidad con tal limitación al entender que la insolvencia supone el mayor género de riesgo empresarial en que incurre la sociedad, por lo que no parece lógico imponer un régimen de responsabilidad más benigno que el régimen general societario, por lo que hubiera sido preferible que dicha responsabilidad se hubiera extendido a los casos de culpa en general, correspondiendo al juez del concurso la modulación en virtud de las circunstancias.

En cuanto a la naturaleza y función de la responsabilidad concursal, ha sido polémico el debate doctrinal entorno a quienes han considerado una naturaleza sancionadora frente a quienes han defendido una responsabilidad civil¹⁰²⁶. En cuanto a dicha polémica como ha dicho el profesor QUIJANO: “*toda indemnización de daños tiene un componente sancionador y, en buena medida, también las más habituales sanciones civiles suelen estar relacionadas con un perjuicio patrimonial*”. No obstante, aún desde esta posición mixta¹⁰²⁷, no se puede negar la existencia de cierto componente sancionador¹⁰²⁸ cuya función se orienta más a satisfacer deudas que a indemnizar

societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”. En *revista de derecho concursal y paraconcursal*. Madrid: La Ley, nº 9/ 2009, p. 25-29. Sobre la necesidad de que el juez justifique la responsabilidad SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando; MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica (La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006 como pretexto)”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley, nº 5, 2006. p. 199-228.

¹⁰²⁴ ALONSO UREBA “La responsabilidad...” ob cit p. 533.

¹⁰²⁵ ALONSO UREBA “La responsabilidad...” ob cit p.537, GARCÍA-CRUCES, “La responsabilidad...” ob cit p. 266.

¹⁰²⁶ La defensa de una naturaleza resarcitoria es posición defendida por ALONSO UREBA “La responsabilidad...” ob cit p. 544, MORILLAS JARILLO, M. J. “Responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores: Balance del primer bienio de la Ley concursal” En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº 7, 2007, p. 69-70; Sobre la tesis de responsabilidad sanción ALCOVER GARAU, G. “La doble reforma...” ob cit p. 82; GUERRERO LEBRON, GÓMEZ PORRÚA “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p. 1975-1977; VINCENT CHULIÁ, F. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p. 58y ss.; MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARÍN F, *La acción individual...* ob cit p. 374-375; SÁNCHEZ-CALERO *Los administradores...* ob cit p. 497; MARTÍN REYES, M. A. “La insolvencia...”ob cit p. 879 y ss.; También siguiendo a LLEBOT MAJÓ vid. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “El problema de la represión de la conducta del deudor”. En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p. 310. SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando; MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. “La responsabilidad...” ob cit p. 211-212.

¹⁰²⁷ La responsabilidad concursal cumple una doble función indemnizatoria y sancionadora ya que incentiva a los acreedores y a los administradores a instar la declaración del concurso, como indica BELTRÁN, E. “Capítulo VI. La responsabilidad concursal...” ob cit. p. 229-230.

¹⁰²⁸ Al respecto de su naturaleza sancionadora GARCIA CRUCES esgrime que la importancia de la cuestión descansa en gran medida en su efectividad: “*la mayor utilidad y eficacia que, en numerosas ocasiones cabe atribuir a las sanciones en el orden civil frente a los instrumentos clásicos del orden penal de cara a lograr la*

daños¹⁰²⁹, pero que en alguna medida ha de servir para diferenciar dicho régimen del general de responsabilidad por daños¹⁰³⁰.

b. Los deberes preconcursales en la Ley concursal

La calificación de concurso culpable depende de la inobservancia de determinados deberes regulados en la Ley Concursal, de los cuales la mayoría de ellos imponen conductas a seguir en la fase preconcursal, pero que en cambio, dicha actuación previa a la declaración del concurso será relevante a efectos de la calificación del mismo y de la eventual responsabilidad. La técnica legislativa empleada en la clasificación de las conductas se refiere al establecimiento de una primera relación¹⁰³¹ de conductas consideradas siempre culpables (del artículo 164 LC)¹⁰³², y de una segunda relación de conductas que admiten prueba en contrario –presunción *iuris tantum* de concurso culpable del 165 LC¹⁰³³-. Dichas conductas preconcursales que sirven como presupuesto de calificación, entendidas en sentido negativo, implican el establecimiento de determinados deberes precontractuales de carácter informativo (llevar a cabo contabilidad, formulación de cuentas, exactitud informativa, etc.), o en general, orientados a la conservación patrimonial de la sociedad (conservación de la masa activa, o el propio deber de solicitar el concurso)¹⁰³⁴. Dado el presupuesto de dolo o culpa grave que se requiere en la calificación, o conjuntamente el análisis de las conductas establecidas como tal, se extrae que la responsabilidad concursal, es una responsabilidad orientada a conductas graves, fraudulentas, etc., por lo que dicho régimen no regula de forma completa la conducta del administrador en la proximidad a la insolvencia.

Uno de los deberes generales del administrador es la solicitud del concurso -o de notificar al juzgado el inicio de las negociaciones en el supuesto del art. 5.3 LC-, en los

efectividd de los deberes impuestos” AAVV; GARCÍA CRUCES (dir.), *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. p.22; en el mismo sentido indica E. BELTRÁN “la experiencia demuestra que los mejores estímulos para que se abran los concursos que hayan de abrirse son los sancionadores”. BELTRÁN, E. “Capítulo VI. La responsabilidad concursal...” ob cit. p. 229.

¹⁰²⁹ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...” ob cit p. 30. Respecto de responsabilidad por daño ALONSO UREBA “Art. 172.3...” ob cit p. 1446-1447.

¹⁰³⁰ MARTÍN REYES, M.A. entiende que de la dicción del precepto se extrae que estamos ante una responsabilidad sancionadora dada la ausencia de una relación entre deuda pendiente y daño (relación causalidad entre la conducta y daño), ya que la dicción literal del precepto 172.3 LC nunca se refiere a daño, y se refiere a “pagar a los acreedores concursales total o parcialmente...”, lo que implica una responsabilidad no mesurable en relación al *quantum*, sino relativo al grado de participación en la situación de insolvencia culpable. MARTÍN REYES, M. A. “La insolvencia de las sociedades...” ob cit p. 883-885.

¹⁰³¹ GARCIA-CRUCES considera como supuestos de presunción *iuris tantum*, pues aunque en el texto se diga “en todo caso” siempre cabrá la posibilidad de que rompa tal efecto mediante la prueba de su actuar diligente. (“El problema de la...” ob cit p. 275 y ss). No obstante, en opinión de QUIJANO más que tratarse de presunciones son supuestos concretos a los que se atribuye una determinada consideración jurídica, que se proyecta sobre la calificación de concurso culpable. QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...” ob cit p. 27.

¹⁰³² Establece el 164. 2 LC una presunción *iuris et de iure* de concurso culpable en una serie de supuestos (incumplimiento de la obligación de contabilidad, inexactitud documental del concurso, incumplimiento del convenio, alzamiento de bienes, simulaciones de salida patrimonial ficticia).

¹⁰³³ En tal sentido se presume que existe dolo o culpa grave cuando concurre alguna de dichas conductas, por lo que para desmontar dicha presunción habrá que demostrar o bien que no se actuó de tal forma o que, aunque así fuera no existió conexión de dicha conducta con el agravamiento de la situación patrimonial. En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...” ob cit p. 28.

¹⁰³⁴ En tal sentido MARÍN DE LA BÁRCENA clasifica los deberes de los administradores en la situación de crisis en deberes informativos y deberes de conservación de la solvencia, (En MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción individual...* ob cit p. 364-371).

casos de insolvencia actual. En cambio, cuando dicha insolvencia es inminente, la apertura del procedimiento es una mera facultad del deudor, pues no se cumplirá el requisito de la exigibilidad de las obligaciones (artículo 2.2 LC). La omisión de dicho deber forma parte de las conductas consideradas como dolo o culpa grave, salvo que se demuestre lo contrario. No obstante, si el administrador que no insta el concurso no ocasiona un agravamiento patrimonial, no responderá por la vía concursal. Pero si dicho agravamiento si se produjera como consecuencia de dicha omisión, y el administrador pudiera demostrar la inexistencia de dolo o culpa grave, tampoco respondería ex 172 bis LC, sin perjuicio del ejercicio del resto de acciones¹⁰³⁵ por la vía general del artículo 236 LSC, tanto como daño al patrimonio social, como daño directo si así se acreditase (en base a la ausencia de la diligencia debida en el desempeño del cargo).

Teniendo en cuenta que estamos ante una responsabilidad que parece orientada solamente a la existencia de dolo o culpa grave, y teniendo en cuenta la existencia de cierto componente sancionador en la responsabilidad concursal, al menos como elemento diferenciador del régimen general de responsabilidad por daños (pues en otro caso no habría sentido para la regulación de dicha acción), no podemos considerar la responsabilidad concursal como mecanismo completo o general que discipline los deberes preconcursales de los administradores. La inexistencia de una obligación de solicitar el concurso en los supuestos de insolvencia inminente, limita la eficacia de la responsabilidad concursal -pues la responsabilidad concursal sólo opera una vez abierto el concurso- generándose un amito de proximidad a la insolvencia donde tendrán que operar otros mecanismos de responsabilidad¹⁰³⁶. Esta limitada eficacia de la responsabilidad concursal en el derecho español no constituye este ámbito como el más idóneo desde el cual se deban analizar los deberes preconcursales de los administradores más allá de las conductas graves o dolosas –a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos donde existe una mayor integración o coordinación entre el derecho societario y concursal-. Cuando la insolvencia está próxima o es inminente, y aún no existe un deber *ex lege* de solicitar el concurso, el administrador se encuentra en el centro de un conflicto de intereses, entre los socios y los acreedores, susceptible de generar problemas interpretativos en cuanto a la conducta diligente a seguir. Cuando la conducta seguida por el administrador es una conducta fraudulenta o dolosa, las normas concursales resuelven la cuestión a través de la responsabilidad concursal, pero en el resto de casos habrá que partir del estudio del régimen societario de responsabilidad por daños, generalmente, en base a la vulneración del deber general de diligencia (225 LSC).

C. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS DEL ADMINISTRADOR FRENTE A LOS ACREEDORES CONTRACTUALES

En las situaciones de dificultad económica el administrador se encuentra en la necesidad de elegir entre perseguir el interés estricto de la sociedad o satisfacer los

¹⁰³⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad...” ob cit p. 25, dada la enorme discrecionalidad de que dispone el juez en el ámbito concursal, puede que se estime que no proceda la responsabilidad concursal sin perjuicio del resto de acciones concurrentes.

¹⁰³⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” o cit p. 110.

compromisos adquiridos por ésta con sus acreedores. En muchas ocasiones esta elección implica un conflicto de intereses contrapuestos y susceptibles de lesión que supone la puesta en marcha de la correspondiente acción contra el administrador por uno u otro lado, por lo que se hace necesario la delimitación no sólo desde la perspectiva del ejercicio diligente de sus deberes, sino también desde la perspectiva del ámbito de responsabilidad. La sociedad o los socios (como interesados en la persecución del interés social) podrán ejercitar la acción social si el administrador no persigue de forma clara el interés social, entendiendo en ello la inobservancia de sus deberes inherentes al cargo (ex art. 225 y ss LSC). Los acreedores por su parte, ante la insolvencia o insuficiencia patrimonial de la sociedad persiguen su interés exigiendo la responsabilidad del administrador por la inobservancia de los compromisos contractuales que ha adquirido la sociedad que representa, lo que plantea la problemática de determinar en qué medida se extiende dicha responsabilidad de la sociedad al administrador. Por otro lado, los acreedores también tienen legitimidad¹⁰³⁷ contra los administradores mediante la acción social por los llamados *daños reflejos* que sufran como consecuencia de la lesión del patrimonio social, lo que plantea la problemática añadida de la delimitación entre acción social e individual, sobre todo en los casos de dificultad, donde la insolvencia de la sociedad determina la falta de patrimonio para hacer frente a los compromisos adquiridos, lo que abre el presupuesto de la acción social, como es la lesión patrimonial de la sociedad¹⁰³⁸.

a) La naturaleza de la acción de responsabilidad del administrador

En la determinación de los perfiles acerca de la conducta que ha de seguir un Administrador para poder serle imputada una concreta responsabilidad, se han planteado en el seno de la doctrina¹⁰³⁹ dos problemas esenciales: la propia naturaleza de la responsabilidad del administrador y su relevancia, y en segundo lugar, la delimitación de los respectivos ámbitos de responsabilidad de la sociedad y del administrador.

Ha sido tema ampliamente discutido en la doctrina el de la naturaleza de las acciones de responsabilidad frente al administrador (tanto de la acción social como individual). Respecto a dicha naturaleza, mientras en algunos sectores se ha minimizado la eficacia práctica de la discusión, que en un principio se ceñía a una cuestión prescriptiva¹⁰⁴⁰, en otros se ha puesto de manifiesto su relevancia más allá de la simple prescripción de la acción, por considerarse que la calificación de dicha responsabilidad

¹⁰³⁷ “Siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”, así lo dispone el artículo 134.5 LSA (ALONSO ESPINOSA, F.J. La responsabilidad civil...ob cit p. 115).

¹⁰³⁸ SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 375, respecto de los problemas que se generan cuando se ponen en relación la acción social y la declaración de concurso, en lo referente a los problemas de compatibilidad de la acción social con el procedimiento concursal.

¹⁰³⁹ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p.158 y ss y 182; ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “la llamada acción...” ob cit p.13 y ss; MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual...* ob cit p.95 y ss.

¹⁰⁴⁰ Pues como es sabido, la previsión del plazo de cuatro años de prescripción del artículo 949 del Código de Comercio respecto a las acciones contra el administrador (MARÍN DE LA BÁRCENA. *La acción individual...* ob cit p.237 y 238; ALONSO ESPINOSA. *La responsabilidad civil...* ob cit p.138-139), zanja la disputa que en el ámbito civil se viene sufriendo como consecuencia del distinto plazo para de prescripción para las acciones contractuales y extracontractuales (vid YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001. p. 82); NEILA NEILA, J.M. *La responsabilidad de los administradores...* ob cit p. 76, lo claro para él es la existencia de responsabilidad siendo indiferente su naturaleza contractual, extracontractual o ecléctica, sea cual sea la posición que se sustente.

expande sus consecuencias a la determinación de los presupuestos de responsabilidad¹⁰⁴¹. En este sentido, es posición mayoritaria en la doctrina¹⁰⁴² la de considerar extracontractual a la acción individual de responsabilidad (241 LSC) ejercitada por terceros¹⁰⁴³, esencialmente atendiendo a la inexistencia de una relación obligatoria entre el administrador y el tercero, pues aquel no es parte contractual, frente a aquellos que defendieron la naturaleza contractual sobre la base de la existencia de una obligación concreta a cargo del administrador y a favor del demandante, que se produce en el seno de la organización social¹⁰⁴⁴. Otros autores desde la perspectiva extracontractual, la califican de naturaleza orgánica, pues los deberes jurídicos surgen de la ley como consecuencia de la concreta posición del órgano¹⁰⁴⁵. Respecto de la acción social, se ha defendido la naturaleza contractual atendiendo a la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad¹⁰⁴⁶, sobre la base de la necesaria manifestación de voluntad del titular del órgano¹⁰⁴⁷, lo que ha significado la convivencia de dos relaciones jurídicas: la orgánica y la contractual¹⁰⁴⁸.

No corresponde aquí profundizar en esta discusión, pero si de poner de manifiesto que esta cuestión influye directamente en el alcance de los presupuestos que determinan la responsabilidad del administrador, y la posición que se siga depende directamente de la postura que se adopte respecto de la naturaleza de la relación entre el administrador y la sociedad que representa (dicotomía tradicional entre la tesis orgánica y contractual¹⁰⁴⁹), así como de la naturaleza de la propia sociedad, bien como institución intervenida por la acción legislativa, bien como organización constituida en base a diferentes relaciones contractuales¹⁰⁵⁰, lo que predetermina el concepto de interés social

¹⁰⁴¹ A este respecto MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción...* ob cit p.229 y 230, señala que la importancia de la determinación de dicha naturaleza excede del propio ámbito de la prescripción, pues se extiende a cuestiones de determinación de la responsabilidad pues los presupuestos de responsabilidad dependen de dicho carácter, tales como la exclusión de la imputación objetiva, la previsibilidad del daño en el momento de contratar (aplicación del artículo 1.107.1 CC), facultad de los jueces para moderar la indemnización (artículo 1.103 CC), etc. Señala PANTALEÓN que la antijuricidad no es elemento de nuestro sistema de responsabilidad civil ("artículo 1.902 CC" en *Comentario del Código Civil*, p.1194), lo que determina distintos presupuestos y con ello atender a distintos mecanismos de determinación de responsabilidad en un caso u otro.

¹⁰⁴² Entre otros ESTEBAN VELASCO, G "La acción..." ob cit p. 169 y 170, SÁNCHEZ-CALERO, *Los Administradores...* ob cit p. 392 que considera el carácter mixto de la responsabilidad (contractual si se ejercita por socios y extracontractual si se ejercita por terceros).

¹⁰⁴³ Pues en los casos en que se ejercitadas por los socios la discusión acerca de la naturaleza de la acción individual alcanza otra dimensión distinta a la aquí analizada. La mayoría doctrinal ha entendido contractual la responsabilidad en tales casos de ejercicio por terceros pues se produce como consecuencia de las relaciones jurídicas internas surgidas de la organización societaria. sobre ello vid. SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 391 y 392

¹⁰⁴⁴ En nuestra doctrina siguiendo esta posición LLEBOT MAJÓ, José Oriol. *Los deberes de los administradores de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1996. 151 p. Ver por todos ALONSO ESPINOSA, *La responsabilidad...* ob cit p. 122 y siguientes, donde se exponen las principales posiciones al respecto.

¹⁰⁴⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual...* ob cit p. 232 y ss. Sobre la base de una confusión entre obligación con deber jurídico, pues en el ámbito del administrador las obligaciones son impuestas por la ley como garantía inherente a su posición de órgano.

¹⁰⁴⁶ Por todos ellos ver exposición de ALONSO ESPINOSA, *La responsabilidad civil...* ob cit p.113.

¹⁰⁴⁷ SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p.29

¹⁰⁴⁸ Sobre la convivencia entre las tesis contractuales y tesis orgánicas respecto de las relaciones entre sociedad y administrador MORILLAS JARILLO ob cit p. 129. MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* 236-237 sobre la base de una responsabilidad orgánica, pues es titular de un conjunto de deberes y competencias reguladas básicamente por el legislador 127LSA.

¹⁰⁴⁹ MORILLAS JARILLO, María José. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed. Madrid: La Ley, 2002. p. 115 y ss.

¹⁰⁵⁰ Sobre la naturaleza contractual de la sociedad frente a los "prejuicios institucionalistas" PAZ-ARES, C. "¿Cómo entendemos....?" ob cit. 202. (sobre los prejuicios institucionalistas: tecnocrático, paternalista y político, ob cit p. 164 y ss.)

como fin de la actividad gestora del administrador en función de una perspectiva u otra¹⁰⁵¹.

b) responsabilidad por las obligaciones contractuales de la sociedad

Respecto de la segunda cuestión planteada, la delimitación implica, entre otras, la cuestión de la compatibilidad¹⁰⁵² de las acciones de responsabilidad frente a la sociedad y de las acciones frente al administrador, por un mismo hecho imputable al órgano, es decir, si la responsabilidad contractual de la sociedad –representada y gestionada por el administrador– es compatible con la responsabilidad personal del administrador, lo que dependerá de la delimitación que se haga del hecho imputado. No podemos perder de vista que el principal efecto de la crisis empresarial es la lesión del derecho de crédito por la insolvencia patrimonial del deudor¹⁰⁵³, y por tanto habrá que ver en qué medida el administrador responde frente a los acreedores contractuales de la sociedad, pero sin olvidar los riesgos que ello conlleva, que en general, puede llevar a la confusión de esferas entre administrador y sociedad. El efecto perverso que puede tener confundir el ámbito de imputación de la sociedad con el administrador, supone extender la responsabilidad de la sociedad al administrador, y por tanto, la inobservancia de la separación jurídico-patrimonial de ambos sujetos de derecho.

La cuestión que se plantea es la de en qué medida el administrador debe responder del incumplimiento de los contratos de la sociedad que administra, como consecuencia de la crisis empresarial, es decir, si el acreedor tiene vía directa para exigir responsabilidad al administrador como consecuencia de tales incumplimientos. Por tanto, estamos directamente en el ámbito de la acción individual del artículo 241 como mecanismo de reparación de los daños directos sufridos por los acreedores, e indirectamente en la vía la acción social de los artículos 238-240 LSC, que requiere necesariamente de la lesión del patrimonio social, por el daño contractual sufrido como consecuencia de la no disolución o declaración del concurso.

La crisis implicará la lesión del crédito, esencialmente incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contractuales de que la sociedad es parte. La responsabilidad del administrador en el ámbito del cumplimiento de las obligaciones contractuales asumidas por la sociedad, no puede operar de forma automática por la simple lesión contractual, pues extender la responsabilidad contractual por la relación de que es parte la sociedad, vulnera el hermetismo patrimonial, y supone una extensión indiscriminada de sus efectos al titular del órgano, es decir, al propio administrador que con personalidad jurídica distinta de la sociedad que administra¹⁰⁵⁴, contraviniendo el

¹⁰⁵¹ Por todo ello nos asombra la inclusión de responsabilidad del director general en la Propuesta del Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, constituida por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, “*que tenga atribuidas facultades de alta dirección de la sociedad*” (art. 215.21), en los casos en que no exista delegación permanente a los consejeros. Entendemos que la responsabilidad es inherente a la naturaleza del órgano y la extensión de dicha responsabilidad orgánica al director general, plantea problemas de naturaleza y fundamento, así como problemas de determinación de los presupuestos objetivos y subjetivos, donde los criterios delimitadores de la figura serán difíciles de perfilar.

¹⁰⁵² MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual...* ob cit p.96

¹⁰⁵³ La exigencia de responsabilidad del administrador en la práctica está íntimamente ligado a la insolvencia empresarial, vid MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p. 1343.

¹⁰⁵⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “la llamada acción...” ob cit p.13-14

principio de relatividad de los contratos (artículo 1257 CC). Por lo que es necesario diferenciar los dos centros de imputación de responsabilidad, que responderán a unos presupuestos y una naturaleza distinta. La sociedad será el centro final de imputación de la responsabilidad contractual del incumplimiento. Es claro que el administrador no es realmente parte de la relación obligatoria, y por tanto, no es parte del contrato suscrito por la sociedad, por lo que no es parte de la responsabilidad contractual¹⁰⁵⁵ de la que responderá la sociedad por el incumplimiento de sus compromisos, aunque haya sido personalmente aquel quien haya efectuado todos los actos necesarios de negociación formalización o perfección típicos de toda relación contractual, pues el contrato sólo vincula a quienes han repartido entre si los riesgos inherentes al mismo.

Los actos realizados por el administrador en el desempeño de su cargo se imputan directamente a la sociedad¹⁰⁵⁶, pues es un órgano necesario e imprescindible¹⁰⁵⁷ para la ejecución material de los actos imputables a la *persona ficta*, ya que éste ostenta la titularidad del órgano que administra, pero que necesariamente por su propia naturaleza, tiene una personalidad distinta y separada de la personalidad de la sociedad que gestiona y representa, y por tanto su responsabilidad es como titular de la posición jurídica de órgano, y queda circunscrita a los daños que ocasione como consecuencia del desempeño defectuoso de su cargo inobservando los deberes de diligencia inherentes al mismo. Pero como regla general, el administrador no responderá del incumplimiento de las obligaciones contractuales¹⁰⁵⁸ de la sociedad, salvo que dicho incumplimiento sea consecuencia de la actuación del administrador¹⁰⁵⁹ (p.e. el caso del incumplimiento doloso). La ratio de la responsabilidad en este tipo de relaciones descansa en la generación de riesgos, por lo que, parece lógico que quien recibe los beneficios de la actividad generadora del riesgo, debe soportar la carga de indemnizar los daños que dicha actividad cause en virtud del principio “*cuius commoda et eius incommoda*”¹⁰⁶⁰. Los administradores no reciben los rendimientos de la actividad de la sociedad, por lo que si se traslada al administrador dichos riesgos, ello irá en contra de los principios que rigen las relaciones representativas y de los principios de separación patrimonial y responsabilidad limitada¹⁰⁶¹. Por tanto, el administrador ni es parte del contrato, ni se beneficia directamente de las bondades de la relación contractual de la sociedad y de sus acreedores, y como consecuencia, los deberes que incumben al administrador son los que afectan a su relación jurídica que le vincula con la sociedad y

¹⁰⁵⁵ Conviene hacer aquí referencia a la naturaleza de la responsabilidad contractual, que según PANTALEÓN, tiene una función puramente indemnizatoria (“Sistema de responsabilidad contractual...” ob cit p. 1020), no siendo la culpabilidad del deudor un requisito de dicha responsabilidad (ob cit p.1056). Según Pantaleón dicha responsabilidad no tiene una función preventivo punitiva (es asegurable, es transmisible mortis causa, no es por tanto personalísima,...ob cit p.1023), por lo que es irrelevante que el cumplimiento cause o no daño al acreedor, o que pueda o no ser subjetivamente imputado al deudor (ob cit p. 1046), pues la obligación de indemnizar tiene su fuente en el contrato.

¹⁰⁵⁶ ALONSO ESPINOSA, F.J. *La responsabilidad civil*...ob cit p.118: “cuando actúa el órgano de Administración es la persona jurídica misma la que actúa”; MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual*...ob cit p.100. El efecto de ello es lo ESTEBAN VELASCO denomina “polivalencia del ilícito orgánico” que permite imputar un acto tanto a la sociedad como al administrador (ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p. 176).

¹⁰⁵⁷ ALONSO ESPINOSA, F.J. *La responsabilidad civil*...ob cit p.31, refiriéndose la necesaria estructura orgánica en las sociedades de capital, pero donde los destinatarios de la responsabilidad no es el órgano sino los miembros que lo componen.

¹⁰⁵⁸ Las normas de responsabilidad “quedan desplazadas por las de responsabilidad civil contractual” MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción*...ob cit p.329; VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad*...ob cit p. 325.

¹⁰⁵⁹ BACHNER, T. *Creditor Protection*... ob cit p. 184 comenta el caso de *House of Lords Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corporation*, donde según el Tribunal, “a director will only be personally liable if all the ingredients of the tort are present in his person”

¹⁰⁶⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual*...ob cit p. 107.

¹⁰⁶¹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “la llamada acción...” ob cit p.14

la única responsabilidad posible es la que emana de ese marco de relación¹⁰⁶², todo ello sin perjuicio de la responsabilidad añadida individual (de la que ha de responder por el incumplimiento de sus deberes inherentes al cargo de administrador).

Por tanto, en el caso de las obligaciones contractuales de la sociedad, siendo ésta la regla general, ello no implica una total impunidad para el titular del órgano¹⁰⁶³ por incumplimiento contractual de la sociedad, pues mediante el ejercicio de la acción individual contra los administradores, por la inobservancia de los deberes inherentes a su cargo (artículos 236 y 241 LSC), se puede perseguir a los administradores que perjudicaron directamente al acreedor mediante el incumplimiento contractual. Se afirma que hay casos excepcionales en que el administrador responderá como consecuencia de los perjuicios ocasionados por dicho incumplimiento, cuando inducen a la infracción contractual o se inmiscuyen abusiva o deslealmente en la celebración del contrato¹⁰⁶⁴, es decir, salvo que se haya producido un error en el mecanismo representativo de la contratación imputable al mismo¹⁰⁶⁵, ya que la responsabilidad no puede derivar del mero hecho objetivo del incumplimiento¹⁰⁶⁶, pues el acreedor contrata con la sociedad y no con el administrador. Y en este sentido se puede imputar la responsabilidad de dicho incumplimiento al administrador cuando le es imputable a su actuación antijurídica en la fase de ejecución del contrato por el mero incumplimiento (como por ejemplo el simple incumplimiento doloso), aunque el origen de tal incumplimiento puede tener lugar también en el proceso de formación de la voluntad contractual, (cuestión que se redirige a la llamada *culpa in contrahendo*)¹⁰⁶⁷, generando una expectativa errónea en la otra parte que le induce a contratar, cuando existe realmente la intención de no cumplir (entre los que se pueden distinguir los casos de acuerdo colusorio entre el administrador y la sociedad para no cumplir lo que se pacta, el caso del endeudamiento progresivo o lesión de la confianza generada en el acreedor, junto el simple incumplimiento doloso de la obligación contractual¹⁰⁶⁸).

Con todo ello, la norma general pasa por entender que el administrador no responde de los incumplimientos contractuales de la sociedad que administra, al amparo del principio de relatividad de los contrato (art. 1257 CC) y de responsabilidad limitada de la sociedad (art. 1 LSC), salvo que de forma marginal se pueda entender que el incumplimiento sea imputable a su conducta dolosa, lo que permite a los acreedores la

¹⁰⁶² MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual...* ob cit p. 101.

¹⁰⁶³ En este sentido hace referencia ESTEBAN VELASCO a las consecuencias de la teoría orgánica pura, que implica en sus consecuencias últimas la total impunidad del titular del órgano pues como parte de un todo.

¹⁰⁶⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La llamada acción...” ob cit p. 14.

¹⁰⁶⁵ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p. 193; según ALFARO, se requiere necesariamente la existencia de dolo en la actuación del administrador para extender la responsabilidad por el incumplimiento contractual ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La llamada acción...” ob cit p. 14. MARÍN DE LA BÁRCENA hace referencia a cinco supuesto en que es posible imputar la responsabilidad por el incumplimiento contractual a los administradores: a) daños en la fase de formación, b) daños a los derechos de la personalidad o derechos reales del acreedor, c) dolo, d) infracción de normas jurídicas, e) infracción de la *lex artis* f) creación de nuevos riesgos.

¹⁰⁶⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción individual...* ob cit p. 321; ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p.193.

¹⁰⁶⁷ La doctrina alemana (*Verschulden beim Vertragsverhandlungen*) que se basa en la tesis de la culpa *in contrahendo*. vid LARENZ sobre la buena fe como principio ético-jurídico en que se basa la culpa *in contrahendo*, donde cita a IHERING: “la parte que yerra no responde frente a la otra parte de la indemnización del daño que por su culpa le ha causado” (en LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001.p. 419). ¹⁰⁶⁷ Sobre la responsabilidad del administrador por el endeudamiento progresivo vid CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y...* ob cit p. 35 y ss.

¹⁰⁶⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “La llamada acción...” ob cit p. 14; VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad...* ob cit p .324.

exigencia de responsabilidad directa al administrador por la vía de la acción individual¹⁰⁶⁹.

En el ámbito de la acción social por lesión del patrimonio de la sociedad, la responsabilidad del administrador por el incumplimiento contractual frente a acreedores, requeriría imputar dicho incumplimiento a la insolvencia empresarial ocasionada por la mala gestión de aquel, y esencialmente, como consecuencia de la no disolución por pérdidas cualificadas, o no solicitar el concurso cuando se venía obligado a ello. En este sentido, algún autor¹⁰⁷⁰ entiende que la exigencia de responsabilidad al administrador por incumplimiento contractual como consecuencia de la no disolución por pérdidas o por no solicitud del concurso, debe efectuarse por la vía de la acción social de los artículos 238-240 LSC.

c) Delimitación de los ámbitos de las acciones en base al “patrimonio sobre el que incide el daño”.

Otra de las cuestiones esenciales es la de la delimitación del ámbito de aplicación de la acción social e individual, como instrumentos de persecución del patrimonio de los administradores para reparar el daño sufrido por los acreedores sociales. Han sido muchas las ocasiones dentro de la práctica de nuestros tribunales, en que se ha pretendido la reparación de los daños sufridos por los acreedores mediante el uso de la acción individual¹⁰⁷¹, como consecuencia de la insolvencia de la sociedad deudora, generándose una confusión a la que la doctrina jurisprudencial no ha contribuido a delimitar¹⁰⁷². Está hoy sobradamente asumido que la acción individual no es por lo general, la vía apropiada para la tutela del derecho de crédito por los daños que los administradores generan al patrimonio social, y que indirectamente inciden en la insatisfacción de los acreedores, pues dicha acción queda reservada para los daños directamente sufridos por acreedores o terceros como consecuencia de la actuación ilícita del administrador. La reparación de los daños indirectos como consecuencia de tales actuaciones, ha de quedar reservada para la acción social de la que los acreedores ostentan una legitimación subsidiaria¹⁰⁷³, lo que permite a los acreedores reclamar al administrador los daños reflejos que se ponen de manifiesto por la insuficiencia patrimonial de la sociedad en situaciones de crisis o insolvencia. Por tanto, para la delimitación del ámbito de actuación de la acción social o acción individual hay que atender al *patrimonio sobre el que incide el daño*¹⁰⁷⁴.

a. Acción social

¹⁰⁶⁹ Por todo ello vid. ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p.193.

¹⁰⁷⁰ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción...” ob cit p. 196 y 198

¹⁰⁷¹ SALDAÑA VILLOLDO, B. “La acción...” ob cit p. 1332. En la actualidad en los casos de despatrimonialización resulta más sencillo *a priori* el uso de las acciones del 262.5 LSA y 105.5 LSRL.

¹⁰⁷² MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “Deberes y responsabilidad...”, ob cit p.77

¹⁰⁷³ ALONSO ESPINOSA *La responsabilidad civil...* ob cit p. 112

¹⁰⁷⁴ ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p. 194 y 196. MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 79

En este sentido, la lesión del acreedor podrá interponer acción social en situaciones de crisis cuando el administrador por su actuación ilícita sea responsable de la lesión patrimonial que sufre la sociedad, y que supone la inviabilidad del cobro de sus créditos como consecuencia de tal lesión. Pero en ello se corre el riesgo de confundir la negligencia del administrador, con las vicisitudes propias del riesgo inherente a la actividad empresarial, lo que requiere el previo juicio empresarial (*Business judgment rule*¹⁰⁷⁵) por lo que sólo será responsable si con su mala gestión ha contribuido al desarreglo económico de la sociedad.

Junto a los casos en que la actuación del administrador genera la insolvencia empresarial por su mala gestión, hay que añadir aquellos en que en tal situación de insolvencia, la actuación del administrador viene a agravar los perjuicios ocasionados, inobservando el mandato legal de convocar la junta o instar la disolución por pérdidas, o en su caso solicitando la declaración de concurso. En estos casos junto con la responsabilidad propia de la inobservancia de tales deberes, se puede añadir la vía la responsabilidad por daños por el cauce del artículo 240 LSC, como consecuencia de los daños reflejos generados en el patrimonio social por la inobservancia de sus deberes, y por los efectivos daños indirectos causados en los acreedores (agravación de la insolvencia, disminución de la cuota concursal, etc.). Por ello desde la perspectiva de la responsabilidad por daño, se puede afirmar que los acreedores anteriores a la situación de insolvencia de la sociedad, tiene una acción contra el administrador por daños, por la vía de la acción social, basada en la lesión indirecta de sus créditos como consecuencia del agravamiento de la crisis empresarial, o por no haber minimizado sus efectos, como consecuencia de no haber instado la disolución o el concurso, daño derivado de la continuación de la actividad, y por el importe del daño que se determina por la disminución operada en el patrimonio social a partir del momento de la conducta ilícita, o por la disminución de la cuota de satisfacción concursal¹⁰⁷⁶. Estamos, por tanto, ante la acción social por daño al patrimonio social como consecuencia de la conducta ilícita del administrador¹⁰⁷⁷.

b. Acción individual

Queda claro que la acción individual debe quedar relegada a la defensa de los daños directamente ocasionados por la actuación del administrador y no puede servir como instrumento de tutela frente a los daños reflejos ocasionados como consecuencia de la lesión del patrimonio social. Siguiendo el Criterio de “patrimonio sobre el que incide el daño” se ha ido imponiendo en la doctrina una clasificación que, sin ánimo de ser exhaustivo, trata de clasificar los supuestos en que tiene lugar la acción individual de responsabilidad¹⁰⁷⁸, en función del patrimonio efectivamente lesionado. Se trata de los siguientes supuestos: (1) lesión de intereses de terceros que no tiene relación jurídica

¹⁰⁷⁵ PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p. 87.

¹⁰⁷⁶ ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p. 194 a 198. MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 340.

¹⁰⁷⁷ Todo ello, dada la enorme casuística, sin perjuicio de, como indica SALDAÑA, los daños directos en el patrimonio de los terceros que se puedan ocasionar por la omisión de dichos deberes (disolución o solicitud de concurso), (SALDAÑA VILLOLDO, B. “La acción...” ob cit p. 1339).

¹⁰⁷⁸ Los cuatro supuestos formulados por ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p. 175 y ss), es una clasificación ya seguida por la mayoría de la doctrina, entre otros QUIJANO GONZÁLEZ, J. “Responsabilidad societaria...” ob cit p.36 y ss; SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 392 y ss, VICENT CHULIA, “La responsabilidad” ob cit p. 23. MARÍN DE LA BÁRCENA, *La acción...* ob cit p. 79.

previa con la sociedad o *ilícitos de empresa*; (2) Intromisión ilícita en las relaciones societarias del socio con la sociedad; (3) Intromisión ilícita en la fase de formación de las relaciones contractuales de la sociedad con terceros¹⁰⁷⁹; y (4) Intromisión ilícita en la fase de ejecución de las relaciones de la sociedad con terceros¹⁰⁸⁰.

Se trata supuestos que a veces se solapan entre sí, pues no siendo categorías excluyentes, no agotan la rica casuística de supuestos que se pueden dar en la práctica. Desde la perspectiva de la crisis empresarial y de la lesión del derecho de crédito, el interés se centra en los dos últimos supuestos enumerados que son los que se refieren a la lesión contractual de los acreedores. Dentro de los casos de *intromisión lesiva en el proceso de formación* del contrato, se está aludiendo a aquellos en que la formación de la voluntad del acreedor se ha producido de forma errónea o inválida, dando lugar a un vicio de la voluntad, y generalmente a consecuencia de la inobservancia de los deberes informativos¹⁰⁸¹. Que en los supuestos de crisis empresarial se reconduce a los casos de contratación con nuevos acreedores que no fueron conscientes de la realidad patrimonial del deudor. Con los supuestos de *intromisión lesiva en la fase de ejecución* de los contratos se hace referencia a la inejecución de las relaciones contractuales ya existentes (por ejemplo insolvencia de la sociedad o incumplimiento doloso).

d) Responsabilidad orgánica frente a los acreedores anteriores y posteriores a la situación de crisis empresarial

En orden al esquema anteriormente expuesto, para plantear el estudio de los deberes de los administradores ante la crisis empresarial podemos partir de la diferenciación entre los acreedores anteriores a la situación de crisis o insolvencia empresarial, y los nuevos acreedores posteriores al acaecimiento de tal situación. Respecto de los nuevos acreedores, posteriores a la situación de crisis, la situación se refiere esencialmente a la intromisión del administrador en el proceso de formación del contrato entre los acreedores y la sociedad, lo que va generalmente unido a la cuestión de los deberes informativos del administrador con respecto a los nuevos acreedores posteriores a la insolvencia patrimonial¹⁰⁸². Por lo que respecta a los acreedores anteriores, la cuestión se conecta con la intromisión lesiva del administrador en la fase de ejecución de los contratos, lo que conecta directamente con la cuestión de los deberes relativos a la conservación patrimonial.

En este sentido, el estudio de los deberes de los administradores, ante la crisis empresarial se ordena entorno a dos deberes fundamentales: Los deberes de información y de conservación patrimonial de la sociedad.

¹⁰⁷⁹ En ESTEBAN VELASCO, G. “Artículo 241. Acción individual...” ob cit. p.1733, este caso pasa a denominarse “*responsabilidad por informaciones falsas o incorrectas*”.

¹⁰⁸⁰ En ESTEBAN VELASCO, G. “Artículo 241. Acción individual...” OB CIT P.1734-1735, este último supuesto, la intromisión en la ejecución de las obligaciones de la sociedad, se sustituye por cinco supuestos relativos a la omisión de deberes disolutivos y concursales (nuevos acreedores y antiguos acreedores) y la responsabilidad por el ejercicio del control en los grupos de sociedades.

¹⁰⁸¹ por ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p. 183. También vid. ESTEBAN VELASCO, G. “Artículo 241. Acción individual...” ob cit p. 1733, responsabilidad por informaciones falsas.

¹⁰⁸² Acerca de los deberes informativos sobre la solvencia de la sociedad VERDÚ CAÑETE, M.J. *La responsabilidad...* ob cit p. 328.

Por lo que respecta al deber de información se trata de ver en que medida el administrador viene obligado a suministrar una determinada información a los acreedores posteriores a la crisis empresarial. Si bien es cierto que el suministro de informaciones incorrectas o inexactas pueden desembocar en una inválida formación de la voluntad, del acreedor, y generando una responsabilidad del administrador (p.e. basada en la *culpa in contrahendo*¹⁰⁸³), no es menos cierto que al acreedor le corresponde el control de la solvencia futura de sus créditos e informarse diligentemente de la situación patrimonial de la empresa con quien contrata, por lo que habrá que determinar en que medida corresponden tales deberes en el ámbito de la crisis empresarial.

En cuanto a los deberes de conservación patrimonial, se trata de ver en qué medida, y en qué momento, el administrador debe velar por la conservación del patrimonio, en aras de proteger los créditos existentes. Ello implica una determinada protección de los acreedores anteriores a la insolvencia empresarial, que pueden ver lesionado su crédito en la fase de ejecución de la prestación contractual.

D. PROBLEMAS DE COORDINACIÓN ENTRE LAS DISTINTAS ACCIONES EN LOS SUPUESTOS DE CRISIS EMPRESARIAL

Una vez expuesto el esquema de las distintas acciones que asisten a los acreedores en nuestro derecho frente al administrador como consecuencia de la insolvencia empresarial, conviene hacer un análisis de la relación entre ellas, antes de entrar en el estudio de los deberes específicos cuya vulneración da lugar a su ejercicio, pues de ello dependerá el análisis que se haga de los deberes, en función de la utilización de uno u otros cauces. La cuestión principal al respecto se centra en la coordinación entre el derecho societario y concursal, donde la compatibilidad e independencia de las distintas acciones ha generado determinados problemas en la práctica, así como determinadas críticas en la doctrina que finalmente han tenido sus efectos en la última reforma legislativa de la Ley Concursal mediante la Ley 38/2011, que entró en vigor el uno de enero de 2012.

a) La cuestión de la compatibilidad entre las distintas acciones de responsabilidad frente a los administradores

La vía de la acción individual frente al administrador por su carácter polivalente¹⁰⁸⁴, y dada su naturaleza resarcitoria, ha sido ampliamente utilizada en la práctica judicial en la reclamación de daños relativos a la insolvencia, en todo tipo de

¹⁰⁸³ SANCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p.388; VERDÚ CAÑETE, M. J. *La responsabilidad...* ob cit p. 324, donde se refiere a los casos en que en dicho incumplimiento, el administrador haya intervenido directamente bien mediante informaciones falsas, bien ocultando información o bien conculcando la confianza generada en la otra parte.

¹⁰⁸⁴ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p.35; ESTEVAN VELASCO, “La acción...” ob cit p.176; SALDAÑA VILLOLDO, “La acción...” ob cit 1336

situaciones. No obstante, hasta ahora, las acciones contra los administradores por no disolución (art. 367 LSC)¹⁰⁸⁵, junto con la responsabilidad concursal (172 bis LC) se han convertido en instrumentos más específicos y eficaces para combatir las actuaciones de los administradores ante la crisis societaria, aunque ese relativo éxito de dichas acciones específicas de la crisis, han ido acompañadas en algún caso de cierta dosis de desacuerdo doctrinal, sobre todo en lo que respecta a la configuración de la acción de responsabilidad por no disolución¹⁰⁸⁶.

A pesar de todo ello, el interés de la acción individual de responsabilidad (241 LSC) no pierde parte de su pujanza, pues ante todo, nos encontramos con una serie de diferentes instrumentos de exigencia de responsabilidad, independientes, que a veces se solapan entre sí, aunque no siempre compatibles en la vía jurisdiccional¹⁰⁸⁷. En tal sentido las acciones frente al administrador (ya sea social o individual), pueden ser ejercitadas con independencia del ejercicio de estas otras acciones de responsabilidad más específicas y de distinta naturaleza, y sin perjuicio de la efectiva solicitud de concurso o disolución¹⁰⁸⁸. Por tanto, en el actual marco legislativo, se dispone de cuatro tipos de acciones independientes frente a los administradores (236 y 241 LSC, 367 LSC, 172 bis LC), y cuya coexistencia¹⁰⁸⁹, ha generado no pocos problemas de interpretación y coordinación en el derecho societario y concursal.

En primer lugar, problemas interpretativos en el derecho societario, donde existen dos tipos de acciones individuales, teóricamente compatibles atendiendo a su distinta naturaleza, y en segundo lugar, en el ámbito concursal, donde la responsabilidad concursal ha terminado desplazando a acción por deudas (367 LSC), configurándose como la principal acción de responsabilidad por insolvencia. Antes de la reforma de la Ley 38/2011 la coexistencia de las acciones de responsabilidad societaria frente al administrador (individual y por deudas) con el procedimiento concursal venía siendo objeto de preocupación en la doctrina por los efectos que dicha compatibilidad generaba en el seno del concurso por el hecho de que las acciones societarias podían implicar una alteración del principio *par conditio creditorum*, en los casos de concurso culpable, pues al atacar de forma particular el patrimonio del administrador, podían hacer decaer dicha garantía en perjuicio del resto de acreedores concursales. Por dicho motivo el

¹⁰⁸⁵ RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, D.; HUERTA VIESCA, M^a ISABEL. *Responsabilidades...* ob cit. p. 533 y ss. Por su parte, como indica MONGE GIL, el 80% de las Sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales españolas versan sobre la responsabilidad por pérdidas de los administradores de sociedades (MONGE GIL, A. L. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de Capital: aspectos civiles, penales y fiscales (Reseña de las Jornadas celebradas en Ávila los días 24 y 25 de abril de 1998)” en *Revista de Derecho Mercantil*. n° 228. 1998, p. 715).

¹⁰⁸⁶ Por todos VICENT CHULIÁ, “La responsabilidad...” ob cit p. 43 y ss.; SALDAÑA VILLOLDO “La acción...” ob cit p.1343, respecto la acción de responsabilidad por deudas, señala que la existencia de una preeminencia del régimen concursal, sobre el disolutorio, pero dicha preeminencia no hace decaer la eficacia de las acciones de responsabilidad disolutoria, aunque en la actualidad la reforma del 2011 la apertura del concurso supone la suspensión de los efectos de la acción de responsabilidad por no disolución. También *vid* CERDÁ ALBERO. *Responsabilidad civil ...ob cit* p. 11.

¹⁰⁸⁷ Así por ejemplo la acción por no disolución no puede interponerse frente al administrador de una sociedad concursada (según los art. 50.2 y 51 bis LC según la redacción dada por la Ley 38/2011), o en caso de concurso para la acción social está exclusiva legitimada la administración concursal (art. 48 quarter LC).

¹⁰⁸⁸ Salvo en lo que respecta a la atribución de legitimación activa exclusiva del administrador o liquidador concursal en el caso de la acción social, tal y como establece el artículo 48 quarter de la LC introducido en la última modificación por la Ley 38/2011 de 10 de octubre.

¹⁰⁸⁹ Se refiere a independencia relativa en el sentido de que no puede existir una independencia absoluta pues ello determinaría el doble resarcimiento (MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p. 1356) lo que implica la desconexión entre las acciones por el daño y la deuda, que es en definitiva según QUIJANO el origen de la problemática de la coordinación en estas materias (QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 35). Vid tb MARTIN REYES “La insolvencia de las sociedades...” ob cit p. 888 y ss.

legislador en la última reforma operada mediante la Ley 38/2011 establece la incompatibilidad de la acción de responsabilidad por deudas con el procedimiento concursal, haciendo decaer a aquélla frente a éste (artículo 50.2 y 51 bis LC), guardando silencio, en cambio, en el caso de la acción individual de responsabilidad frente al administrador¹⁰⁹⁰.

Y es que, por lo que respecta a la acción individual (241 LSC), no puede olvidarse que quien está en concurso es la sociedad y no el administrador, por lo que en la reforma se ha optado por mantener la plena independencia de esta acción de carácter general. La declaración del concurso tampoco afecta al ejercicio de la acción individual frente al administrador, respecto a las iniciadas con posterioridad a la declaración del concurso -a diferencia de lo que sucede con la acción por no disolución, que no podrán ser admitidas a trámite-¹⁰⁹¹. Por otro lado, aunque estamos ante una acción independiente¹⁰⁹², la declaración del concurso si puede implicar la adopción ciertas cautelas que inciden posteriormente en las garantías a la hora de iniciar acciones posteriores, como el caso del embargo preventivo del 48.3 LC, que viene a condicionar la efectividad de posteriores acciones individuales. Por el contrario, en el caso de la acción social, la declaración del concurso, si produce importantes efectos para su ejercicio, esencialmente en materia de legitimación activa y competencia del juez del concurso.

b) Efectos de la declaración del concurso sobre la acción social de responsabilidad

A diferencia de las acciones individuales, para la acción social si se prevén efectos jurídicos específicos en la legislación concursal, pues es un presupuesto esencial de la misma, la lesión del patrimonio social, lo que coincide en este caso con el patrimonio del concursado. Antes de la reforma de 2011 ya establecía el artículo 48.2 LC¹⁰⁹³ la competencia exclusiva del juez del concurso para conocer de las acciones de responsabilidad que asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores, ya sea ejercitada por la propia sociedad, o subsidiariamente por alguno de sus

¹⁰⁹⁰ GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”. En AAVV. *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. p. 270.

¹⁰⁹¹ Ha venido existiendo cierto desacuerdo interpretativo en el seno de la doctrina, a este respecto -el ejercicio de la acción individual una vez declarado el concurso- sobre la base de la aplicación analógica de las acciones subsidiarias en *interés de la masa* al que se refiere el art. 54.4 LC, para las acciones ejercitadas por los acreedores. Vid. GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”. En *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor)* Vol. 2. Madrid: Marcial Pons, 2005. p. 1982.

¹⁰⁹² GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio...” ob cit. p. 252-253. Indica que además, si el administrador indemniza a un acreedor, dicho crédito ya no podría entrar dentro del concurso, por lo que incluso puede implicar un efecto beneficioso para el resto de acreedores concursales.

¹⁰⁹³ El artículo 48.2 LC establecía: “Sin perjuicio del ejercicio de las acciones de responsabilidad que, conforme a lo establecido en otras leyes, asistan a la persona jurídica deudora contra sus administradores auditores o liquidadores, estarán también legitimados para ejercitar esas acciones los administradores concursales sin necesidad de previo acuerdo de la junta o asamblea de socios. /Corresponderá al juez del concurso la competencia para conocer de las acciones a que se refiere el párrafo anterior.”

acreedores¹⁰⁹⁴. Parece lógica dicha previsión dada la naturaleza de esta acción, pues el fundamento de la misma es compartido en gran medida con el fin concursal en tanto en cuanto se persigue la reintegración del patrimonio social, lo que tanto por la repercusión de una sentencia favorable sobre la masa concursal, así como por cuestiones de economía procesal, parece acertado que dicha acción se ejercite en el ámbito del concurso¹⁰⁹⁵. Lo que no se preveía era qué sucedía con aquellas acciones que se iniciaban con posterioridad al concurso¹⁰⁹⁶. En tal sentido algunos autores señalaban la conveniencia de que se hubiera previsto la acumulación al proceso concursal de aquellas acciones sociales iniciadas con anterioridad, con independencia de la fase en que se encontraban¹⁰⁹⁷. La reciente reforma operada se hace eco de dichas preocupaciones estableciendo una nueva redacción al respecto según la cual se acumulan de oficio al concurso todos los procesos en primera instancia de reclamación de daños y perjuicios de la persona jurídica concursada contra sus administradores¹⁰⁹⁸.

Otra modificación introducida en la Ley 38/2011 es la relativa a la legitimación activa en el ejercicio de la acción social, que corresponde ahora en exclusiva a la administración concursal (48 quarter), frente al anterior marco –donde se guardaba silencio al respecto– que era otra de las exigencias que venía reclamando la doctrina¹⁰⁹⁹. Lo que no queda claro en la redacción de la Ley es que sucede con la exclusividad de dicha acción respecto de lo previsto en el artículo 54.4 LC, es decir, en los casos de que la propia sociedad concursada no ejerza la acción social, pues en virtud de lo establecido en dicho precepto podrán los acreedores ejercitar dicha acción de forma subsidiaria, pero siempre en “*interés de la masa*”¹¹⁰⁰.

c) Efectos de la declaración del concurso sobre la acción individual (241LSC)

¹⁰⁹⁴ ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal ...” ob cit p.550; MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES “Repercusiones...”ob cit p. 1347; GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los...”ob cit p. 1980

¹⁰⁹⁵ MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p.1346

¹⁰⁹⁶ QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p.34

¹⁰⁹⁷ GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los...” ob cit p. 1980. GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio ...” ob cit p. 251.

¹⁰⁹⁸ Así lo dispone el artículo 51.1, 2º LC que según la redacción dada por la Ley 38/2011 dice: “*Por excepción se acumularán de oficio al concurso, siempre que se encuentren en primera instancia y no haya finalizado el acto de juicio o la vista, todos los juicios por reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada contra sus administradores o liquidadores, de hecho o de derecho, y contra los auditores*”.

¹⁰⁹⁹ ALONSO UREBA ya puso de manifiesto la inconveniencia de la legitimación de dicha acción según la regulación anterior, en el sentido de que en el ámbito concursal lo más acorde con el interés del concurso sería que dichas acciones fueran reservadas a la administración judicial. ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal” ob cit p. 550. Respecto de la legitimación de la acción social en el concurso MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p.1346. GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los...”ob cit p. 1980.

¹¹⁰⁰ Artículo 54.4 LC “*Los acreedores que hayan instado por escrito a la administración concursal el ejercicio de una acción del concursado de carácter patrimonial, señalando las pretensiones concretas en que consista y su fundamentación jurídica, estarán legitimados para ejercitarla si ni el concursado, en su caso, ni la administración concursal lo hiciesen dentro de los dos meses siguientes al requerimiento.*

En ejercicio de esta acción subsidiaria, los acreedores litigarán a su costa en interés de la masa. En caso de que la demanda fuese total o parcialmente estimada, tendrán derecho a reembolsarse con cargo a la masa activa de los gastos y costas en que hubieran incurrido, hasta el límite de lo obtenido como consecuencia de la sentencia, una vez que ésta sea firme.”

En tal sentido vid. QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 34.

Nada de esto afecta a la acción individual, pues no existe en teoría nexo alguno entre las pretensiones frente al administrador por un acreedor particular y directamente lesionado, y la pretensión concursal relativa al reparto de la masa activa que se sustancia frente a la sociedad insolvente, salvo que en su día se declare hipotéticamente la responsabilidad concursal del administrador y su patrimonio resulte insuficiente para la satisfacción de todos los intereses concurrentes. Por ello, pese a que nos encontremos ante personas jurídicas distintas –sociedad y administrador–, lo que en principio no justifica la extensión del procedimiento concursal al ámbito de las acciones individuales frente al administrador, hay que destacar que tal independencia es susceptible de generar determinados problemas que vienen a afectar a la liquidación ordenada del patrimonio de la sociedad concursada, en la medida que determinados acreedores concursales traten de satisfacer sus créditos por vía extraconcursal, frente al administrador¹¹⁰¹. Y es que, cuando la masa activa del concurso no resulta suficiente para satisfacer a todos los créditos concurrentes, los acreedores buscarán la vía individual frente a los administradores responsables de un daño directo. El problema que se ha planteado es que, esta independencia de las acciones, permite “fugas” del concurso en beneficio de acreedores particulares que detraen cantidades que tienden a disminuir el alcance de la responsabilidad concursal¹¹⁰². Ello puede suponer una alteración del principio *par conditio creditorum*, que en estos casos decae frente al principio *prior in tempore potior in iure*, pues supone una auténtica “carrera” extraconcursal de los distintos acreedores frente al patrimonio del administrador. Y es que no se puede olvidar que ni los administradores son parte del concurso, ni la sociedad es parte de los procedimientos de responsabilidad del administrador, ni por tanto los demandantes tienen impedido su derecho hacia el ejercicio de las acciones para las que están legitimados¹¹⁰³.

Es cierto que, partiendo de la amplia casuística, no siempre existirá perjuicio para el concurso, sino que, esta independencia, puede resultar incluso beneficiosa¹¹⁰⁴, si atendemos a aquellos casos en que no haya mediado concurso culpable, pues solamente tendrán acción individual ex art. 241 LSC aquellos acreedores concursales que puedan acreditar la existencia de una efectiva lesión directa por la acción del administrador, lo que en principio no afecta al resto de acreedores concursales, que en nada ven perjudicado su derecho, sino más bien mejorado, por cuanto aquellos acreedores que sean resarcidos con cargo al patrimonio del administrador por acción de responsabilidad y vean satisfecho su crédito extraconcursalmente, minorarán o extinguirán su crédito por dicha satisfacción extraconcursal saliendo del concurso¹¹⁰⁵. Los resultados se tornan radicalmente contrarios si como consecuencia del concurso culpable se declara la

¹¹⁰¹ VICENT CHULIÁ “La responsabilidad ...” ob cit p. 24-25; QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 35; SALDAÑA VILLOLDO, “La acción...” ob cit p. 1335.

¹¹⁰² MARTIN REYES “La insolvencia de las sociedades...” ob cit p. 897; VICENT CHULIÁ “La responsabilidad ...” ob cit p. 24-25;

¹¹⁰³ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 35, señala que la base real del problema se encuentra en la *convergencia material entre daño y deuda*, que hacen concurrir los dos ámbitos, el de la responsabilidad por daño del administrador con la satisfacción de la obligación de la sociedad.

¹¹⁰⁴ GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio ...” ob cit p. 253.

¹¹⁰⁵ MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p.1356, respecto al hecho de que la estimación de la demanda contra los administradores afecta al crédito concursal extinguiéndolo o minorándolo. También vid. GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio ...” ob cit p. 253, y BELLO MARTÍN-CRESPO, María del Pilar. “Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal”. En *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, 2005, p. 1731; VICENT CHULIÁ, “La responsabilidad...” ob cit p. 25, respecto a la necesidad de que la administración concursal conozca el resultado de los procedimientos de responsabilidad a la hora de coordinación de los distintos ámbitos. Vid. SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando; MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. “La responsabilidad...” ob cit p. 214 y ss.

responsabilidad concursal por parte del administrador. En este caso si resultará un claro perjuicio para el resto de acreedores concursales que no ejercen la acción contra el administrador (bien porque no tienen acción directa, bien porque no queden protegidos por el ámbito de la responsabilidad por deudas por ser acreedores anteriores, o bien porque no las ejerciten), pues en tales casos en que el patrimonio del administrador queda afecto al interés del concurso, los acreedores que ejerciten sus acciones con anterioridad al concurso, habrán vaciado el patrimonio del administrador que supone la garantía de la responsabilidad concursal¹¹⁰⁶.

No existe tampoco previsión específica orientada a suspender la efectividad de la responsabilidad de los administradores¹¹⁰⁷. Por ello, desde la doctrina más autorizada se ha destacado que hubiera sido deseable la acumulación, inserción en el concurso o suspensión de los procedimientos de responsabilidad contra el administrador hasta la conclusión del concurso o sentencia de calificación¹¹⁰⁸. No obstante, no parece que la norma se oriente de forma expresa en tal sentido, y solamente cabría la posibilidad de suspender los procedimientos contra el administrador, teniendo en cuenta la interrupción del plazo de prescripción de acciones contra los administradores prevista en el artículo 60.2 LC, sobre la base de la prejudicialidad civil (por litispendencia del procedimiento concursal al amparo del artículo 43 de la LEC), en aquellos casos en que una vez abierta la sección de calificación existen indicios fundados de que pueda resultar el concurso culpable¹¹⁰⁹ (y sin olvidar el embargo preventivo del 48.3 LC cuando existan fundados motivos de concurso culpable).

Por tanto, es clara la colisión que se produce como consecuencia de la independencia existente, un problema, que ha suscitado diversas interpretaciones doctrinales al respecto. Un sector de la doctrina propone una interpretación sobre la base de la previsión del artículo 54.4 de la LC, acciones subsidiarias en interés de la masa, no ejercidas por la concursada ni por sus administradores. Sobre esta base se estima que también las acciones individuales de los acreedores, al igual que a las que se refiere el 54.4, deberían quedar suspendidas en la medida de que el administrador pueda ser condenado¹¹¹⁰. Por el contrario, otros autores estiman que la responsabilidad concursal no puede sobreponerse a la individual por el hecho de que quien está en concurso es la sociedad, y no sus administradores, lo que no justifica la paralización de procedimientos o ejecuciones individuales de forma automática, que en muchos casos serán infundados por no existir otra responsabilidad más que la individual, por lo que mientras no se declare la responsabilidad o el concurso de los administradores no hay porque impedir que se exija la correspondiente indemnización a quienes de forma directa e individualizada han sufrido un perjuicio de dicho administrador¹¹¹¹.

También ha generado problemas interpretativos la posibilidad de que el administrador repita sobre la sociedad, lo satisfecho por su responsabilidad. En tal sentido se ha esgrimido a favor de que el administrador pueda repetir sobre la sociedad,

¹¹⁰⁶ Lo que supone en el fondo una lesión a la par *conditio creditorum*, como indicaba RUIZ MUÑOZ “Fundamento...” ob cit p. 559, respecto del régimen anterior a la reforma de 2003.

¹¹⁰⁷ Vid. MARTIN REYES, “La insolvencia...” ob cit p.896.

¹¹⁰⁸ QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 39, afirma que hubiese sido deseable pero no se desprende tal situación desde la perspectiva de la actual regulación; ALONSO UREBA estima que se debiera haber declarado la competencia cuando el concurso se declare culpable, en ALONSO UREBA, “La responsabilidad concursal...” ob cit p. 560.

¹¹⁰⁹ QUIJANO GONZÁLEZ “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 39

¹¹¹⁰ GUERRERO LEBRÓN y GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los...” ob cit p. 1982

¹¹¹¹ MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p.1350

en base a que la indemnización por daño que el administrador condenado debe pagar, está satisfaciendo realmente una deuda que, en último término, es de la sociedad, aunque bajo la forma de indemnización por perjuicio¹¹¹², que siendo una deuda propia, viene predeterminada por la preexistencia de una deuda ajena, que se extingue con su reparación por la vía de la responsabilidad¹¹¹³. Esta perspectiva viene en alguna forma a atenuar la independencia de las acciones, pues como se ha señalado, mantener dicha independencia de forma absoluta vendría a permitir que los acreedores obtuvieran un doble resarcimiento¹¹¹⁴.

d) Efectos de la declaración del concurso sobre la acción de responsabilidad por deudas (637 LSC).

Una de las más importantes modificaciones que ha tenido la reforma concursal del 2011 en materia de responsabilidad de los administradores ha sido la suspensión de la acción de responsabilidad por deudas en caso de concurso de acreedores¹¹¹⁵. El principal efecto es la incompatibilidad¹¹¹⁶ de la acción de responsabilidad por deudas con el concurso, lo que supone que aquella decae frente a éste, dado que como prevé el artículo 50.2 LC no se admitirán a trámite las demandas posteriores a la declaración del concurso. Respecto de las acciones iniciadas con anterioridad se prevé el suspenso de los procedimientos en tanto en cuanto se sustancie el concurso¹¹¹⁷.

También en el caso de la responsabilidad por deudas surge el problema acerca de la posibilidad de que el administrador repita sobre la sociedad, lo satisfecho por su responsabilidad. En tal sentido, algunos autores han considerado la severidad¹¹¹⁸ de dicha responsabilidad como argumento que sirva para que al menos quede atenuada con la posibilidad de que el administrador repita sobre la sociedad las deudas sobre las que se impone la solidaridad por no disolución¹¹¹⁹, aunque dicha interpretación sea contraria a la consideración sancionadora que aparentemente inspira a dicha responsabilidad¹¹²⁰.

¹¹¹² QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 37.

¹¹¹³ MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p. 1356.

¹¹¹⁴ En este sentido se ha tratado de equiparar en estos casos la posición del administrador con la del fiador que si paga se extingue la deuda del fiado y si paga éste se reduce la responsabilidad de aquel MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p. 1356.

¹¹¹⁵ GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio ...” ob cit p.284, el objetivo es evitar el vaciamiento de una futura condena de responsabilidad concursal del administrador.

¹¹¹⁶ Lesión a la par conditio creditorum, como ya indicaba RUIZ MUÑOZ “Fundamento...” ob cit p. 559

¹¹¹⁷ El artículo 50.2 LC supone la prohibición de que los jueces de lo mercantil admitirán a trámites demandas desde la declaración del concurso de acciones de responsabilidad por haber “*incumplido los deberes impuestos en caso de concurrencia de causa de disolución*”. El artículo 51 bis. 1 introduce la suspensión de los procedimientos anteriores al concurso.

¹¹¹⁸ CERDÁ ALBERO. *Responsabilidad civil ...* ob cit p. 11. GARCIA-CRUCES, “Capítulo VII, Ejercicio ...” ob cit p.284, priva de modo injustificado ed un derecho fundamental como es la tutela judicial efectiva.

¹¹¹⁹ MUÑOZ PLANAS y MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones...” ob cit p. 1354.

¹¹²⁰ VICENT CHULIÁ “La responsabilidad...” ob cit p.43 y ss.

II. EL DEBER DE INFORMACIÓN

1. Introducción

En situaciones de crisis empresarial se presenta necesario diferenciar la responsabilidad en que pueda incurrir el administrador, por un lado, frente a los acreedores anteriores a la situación de crisis, y por otro, frente a los posteriores, pues sólo en estos últimos se centra la cuestión de los deberes informativos del administrador de la sociedad en crisis en la fase de formación contractual. Si bien es cierto que pueden existir deberes informativos respecto de los acreedores anteriores, estos se orientan generalmente al surgimiento de nuevos contratos, o renovaciones, prórrogas o continuación de contratos anteriores, pero respecto de relaciones continuadas en el tiempo (por ejemplo el contrato de distribución, suministro, etc.), que originan nuevas obligaciones cuya fase de formación sucede con posterioridad a la situación de crisis.

Tal y como se trató en el primer capítulo, no existe de forma clara en nuestro derecho una obligación espontánea de informar, o de tomar la iniciativa informativa acerca de la situación patrimonial, frente al acreedor con el que se contrata, salvo en los casos en que así lo dispone la Ley, o así se desprenda de la buena fe, por lo que es una carga del acreedor la de velar por la conservación de la solvencia del deudor y por tanto informarse de su situación patrimonial (*caveat creditor*), y quien diligentemente debe recelar de la información que se le suministre dentro de ciertos límites. Ello no implica, que en aras de la buena fe contractual, las partes estén obligadas a que la información que suministren sea verdadera, pues sino, habría de imputarles a ellos el error informativo en el que incurrió la otra parte, o incluso la imputación de una conducta dolosa que pueda invalidar el consentimiento dado.

La personalidad jurídica de la sociedad, requiere necesariamente de la figura del administrador como órgano de representación que materializa la voluntad de la sociedad en el tráfico jurídico. Ello implica la existencia de circunstancias propias de la sociedad que pueden generar de forma especial determinados deberes informativos¹¹²¹. Dichos deberes pueden ser tanto *ex lege* (deberes de contabilidad, publicidad registral, folletos informativos a efectos LMV, etc.) como deberes que se desprenden de la buena fe contractual (artículo 7.1 CC y 1257 CC) y que tienden a la correcta formación de la voluntad, la seguridad jurídica y la protección de la confianza del tráfico, para evitar determinados problemas que tradicionalmente han incurrido en el seno del derecho societario en relación con el hermetismo patrimonial de la sociedad capitalista (como la infracapitalización, la confusión de patrimonios o esferas, la dominación externa, etc...) ¹¹²². De lo que se trata ahora es de centrar la atención en los deberes informativos del administrador como órgano societario en situaciones de crisis, lo que viene

¹¹²¹ BACHNER, T. *Creditor Protection...* ob cit p.183-184.

¹¹²² PAZ ARES, C. "Infracapitalización..." ob cit p. 257 y ss, y también otro trabajo anterior "sobre la infracapitalización..." ob cit p. 1587 y ss.; BOLDÓ RODÁ *Levantamiento de velo...* ob cit p. 272 y ss.

directamente vinculado a los problemas que ha generado el hermetismo patrimonial como consecuencia de la insolvencia de las personas jurídicas.

La cuestión, dentro del ámbito de los deberes del administrador en situaciones de crisis, se orienta al estudio de la posible existencia de determinados deberes encaminados a la protección de otros intereses más allá del de los socios o de la propia sociedad, en situaciones de crisis, como puede ser el interés de los acreedores. Es decir, si una vez alcanzado determinado grado de crisis, podemos considerar la existencia de otros grupos de interés dentro del fin de la actividad gestora del administrador¹¹²³, y en el caso concreto que nos ocupa ahora, respecto del estudio de los deberes informativos del administrador a los acreedores en las diferentes situaciones de crisis empresarial.

2. Deberes de información como deber general de diligencia

A) RESPONSABILIDAD DEL ADMINISTRADOR POR LOS DEBERES INFORMATIVOS DE LA SOCIEDAD

a) Deberes informativos de la sociedad como parte del contrato

Los deberes informativos en la fase de formación contractual se distribuyen entre las partes que contratan como manifestación de la buena fe y del principio de relatividad de los contratos, donde la inobservancia de dichos deberes puede desembocar en la llamada *culpa in contrahendo*. Dentro de este marco, es necesario tener en cuenta la posición del administrador, que no es parte de la relación, pero que si viene obligado por vinculación contractual y orgánica con la sociedad que gestiona y representa, por lo que en algunos casos adquiere dichos deberes informativos de la fase negociadora como propios, por el protagonismo que éste adquiere en ella, y cuya inobservancia determinará su responsabilidad personal. La determinación de los deberes informativos del administrador en situaciones de crisis depende de dos cuestiones: (1) de cuáles sean los deberes informativos de la sociedad -como parte contractual- en situaciones de crisis, y (2) de si estos deberes de la sociedad como parte de la relación obligatoria son extrapolables directa y automáticamente al administrador, pese a que como órgano, no es en realidad parte del contrato.

Respecto a la primera cuestión, ya se hizo referencia en el primer capítulo de este trabajo en lo referente a las obligaciones y cargas informativas de las partes en las relaciones precontractuales, por lo que entendemos que, en todo aquello que no sean deberes expresos de información y reglas de publicidad inherentes a su condición societaria y mercantil, a la sociedad capitalista como parte del contrato -y deudor en su caso- le serán igualmente de aplicación las normas que subyacen del derecho común que disciplinan los deberes de las partes en la relación obligatoria¹¹²⁴. La regla general,

¹¹²³ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés social...” ob cit p. 255 y ss.

¹¹²⁴ GÓMEZ CALLE, *Los deberes informativos...* ob cit. p. 88 y ss. Díez-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312.

aunque de contornos difusos, se orienta en el sentido de que a cada parte le corresponde velar por sus propios intereses, y en ello, velar por la conservación de la solvencia del deudor, y por tanto, informarse de su situación patrimonial (*caveat creditor*), así como de recelar diligentemente de la información suministrada dentro de ciertos límites¹¹²⁵, y con ello, es deber de la otra parte no suministrar información errónea o falsa, no contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir, o cuando se sabe que la otra parte incurre en un error esencial, como manifestación de la buena fe contractual. No obstante, dichos deberes informativos deberán de ponderarse atendiendo a la infinita casuística posible, por lo que el deber de información dependerá de la situación o condición de cada contratante, de su condición profesional, así como de la diligencia exigible¹¹²⁶.

La cuestión de los deberes informativos entre las partes negociadoras, de por si compleja, se complica cuando se traslada a la figura del administrador, donde nos planteamos si dichos deberes informativos son trasladables de forma automática a aquél, es decir, si el administrador responde de forma automática por la inobservancia de los deberes informativos de la sociedad. En situación de crisis empresarial, la dimensión adquiere relevancia desde que la sociedad, como incumplidora, deviene insolvente, y por tanto, su responsabilidad patrimonial universal queda inoperativa. Lo importante es si el acreedor (tanto los antiguos acreedores que continúan manteniendo relaciones comerciales, como los nuevos acreedores que contratan creyendo que lo hacen con una entidad solvente) puede dirigirse contra el patrimonio del administrador en base a la defectuosa información suministrada, falsedad de la información, o silencio informativo. Para ello hay que tener en cuenta que el administrador no es parte de la relación, y difícilmente le será trasladable dicha responsabilidad de modo automático¹¹²⁷, aunque su posición e intervención va a determinar su responsabilidad en base a diferentes títulos de imputación¹¹²⁸.

b) Deberes informativos del administrador como órgano societario

La condición de persona jurídica mercantil de la sociedad, y las consecuencias de ello (hermetismo patrimonial, responsabilidad limitada al capital social, etc.) lleva consigo determinadas obligaciones de información y publicidad en aras de disciplinar el tráfico mercantil en condiciones de seguridad jurídica, donde los riesgos inherentes a la contratación -como parte del contrato- se distribuyan de acuerdo a la voluntad de las partes. Por ello, adquieren relevancia determinados deberes legales orientados a ello, como la obligación de llevanza de una contabilidad ordenada, la publicidad registral, la publicidad de folletos informativos, etc. Cuando el deber de información viene expresamente establecido en la Ley, la responsabilidad del administrador vendrá determinada como inobservancia de un deber objetivo de cuidado¹¹²⁹. La cuestión es más compleja de delimitar cuando tratamos de precisar los deberes informativos más

¹¹²⁵ En tal sentido MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 333.

¹¹²⁶ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 313.

¹¹²⁷ MARIN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 333

¹¹²⁸ MARIN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 343

¹¹²⁹ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción...” ob cit p. 183-184. Respecto a la consideración del incumplimiento informativo como deber objetivo de cuidado del administrador *vid* MARIN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 104 y 110.

allá de los expresamente previstos, es decir, de los deberes generales que emanan de la buena fe contractual, y del diligente desempeño del cargo.

Bien es cierto que el administrador no es parte del contrato, y salvo que de su concreta actuación en la negociación se desprenda otra intención, ni asume los riesgos, ni se beneficiará directamente de las bondades del negocio, por lo que, en principio, se ha de rechazar una responsabilidad automática del administrador por las obligaciones que surgen para la sociedad como parte una relación contractual¹¹³⁰. Por tanto, la atribución de responsabilidad al administrador por ausencia de determinados deberes informativos no puede operar de forma automática en todos los casos en que responda la sociedad, sino que se habrá de estar a la existencia de otros elementos, como si el administrador actuó de forma dolosa¹¹³¹, o excedió en sus facultades del ámbito de la discrecionalidad empresarial, en conjunción a la conducta de la otra parte¹¹³², pues como señala ESTEBAN VELASCO, para imputar responsabilidad a los administradores, ante la ausencia de un deber específico, habrá que acreditar que era razonable que el acreedor confiara en la información suministrada¹¹³³.

Si compartimos la idea de que la responsabilidad contractual o precontractual de la sociedad no se puede trasladar automáticamente al administrador -pues no es parte contractual¹¹³⁴-, debemos entender que la imputación de responsabilidad al administrador no puede derivar de un sólo título de imputación de responsabilidad sino de varios, dependiendo de la circunstancias y de la concreta actuación de aquél¹¹³⁵. En los supuestos en que exista dolo por parte del administrador no habrá mayor problema en atribuir la responsabilidad, pues el dolo en sí mismo es un comportamiento no permitido, donde la causa de responsabilidad no deriva del contrato, ya que los daños derivados de dicho comportamiento no entran dentro de los riesgos distribuidos por las partes en el contrato, sino que deriva del propio comportamiento doloso¹¹³⁶. El dolo estaría en la intención de que la otra parte no conociera determinados datos necesarios, esenciales o determinantes para la celebración del negocio. Determinar la ausencia de una conducta dolosa en el ámbito de la negociación es tarea complicada, pues siempre existirá intención de maximizar las utilidades que se desprendan de la relación (el *dolus bonus*)¹¹³⁷. Esto presenta una frontera difusa entre el dolo o la falta de diligencia del administrador, de ahí que algún autor entienda que sólo es posible apreciar dicha responsabilidad sobre la base de un comportamiento doloso¹¹³⁸. Otros autores dejan

¹¹³⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 331 y ss.

¹¹³¹ ALFARO que parte de que la acción individual responsabilidad del administrador, no es sino una manifestación del régimen de responsabilidad general (del 1902 CC o 1.101CC), entiende que sólo es posible entender la responsabilidad por las obligaciones concernientes a la empresa, si existe una conducta dolosa, pues el administrador no es parte del contrato. ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada acción..." ob cit, p. 65.

¹¹³² BACHNER, T. *Creditor Protection...* ob cit p. 184 donde comenta el caso de *House of Lords Standard Chartered Bank v Pakistan National Shipping Corporation*, donde según dictaminó el Tribunal, "a director will only be personally liable if all the ingredients of the tort are present in his person"

¹¹³³ ESTEBAN VELASCO. G. "La acción individual..." ob cit p. 185.

¹¹³⁴ Tal y como se desprende del principio de relatividad contractual del artículo 1257 del Código civil, es decir que los contratos sólo surten efectos entre las partes que los otorgan.

¹¹³⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 333 y 343.

¹¹³⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA, *La acción...* ob cit p. 339.

¹¹³⁷ Como indica Díez Pícazo serían *dolus bonus* "las afirmaciones y los elogios exagerados que el comercio suele utilizar en la publicidad de las mercaderías, siempre y cuando se mantenga dentro de los límites tolerados por los usos y sea reconocible el carácter publicitario o propagandístico de las afirmaciones". Díez-Pícazo *Fundamentos...* ob cit p. 201

¹¹³⁸ En este sentido ALFARO entiende que en estos supuesto sólo es admisible la responsabilidad del administrador por dolo, sobre la base de la confianza generada, el modo de la construcción de culpa in contrahendo del administrador, utilizada en el derecho alemán, ALFARO ÁGUILA-REAL, "La llamada..." ob cit p. 67 y ss.

abierta la posibilidad de una responsabilidad sobre la base de deber objetivo de cuidado o de simple exceso de la discrecionalidad empresarial¹¹³⁹. En este sentido, entienden que en ausencia de una conducta dolosa del administrador debe responder del daño que sufre el acreedor cuando era previsible para el administrador empleando la diligencia de un ordenado empresario según las circunstancias del caso¹¹⁴⁰. En este sentido se ha hecho referencia a diferentes supuestos donde la responsabilidad del administrador parece más clara. Así por ejemplo, si el administrador hizo algo que hiciera pensar a la otra parte la existencia de un compromiso de responsabilidad personal, estaremos ante un supuesto de autentica responsabilidad contractual del administrador¹¹⁴¹. Supuesto parecido será aquel en que de la actitud del administrador pueda desprenderse una relación de asesoramiento, es decir, cierta conducta en calidad de asesor o profesional que pretende despertar la confianza de la otra parte¹¹⁴². También se ha hecho referencia a la creación de nuevos riesgos por parte del administrador como presupuesto de imputación de responsabilidad¹¹⁴³.

Fuera de estos casos, y no concurriendo una auténtica conducta dolosa, la extensión de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones atribuibles a la personalidad jurídica de la sociedad, se plantea más difícil, teniendo no obstante que ponderarse en cada caso la diligencia exigible al acreedor, junto con el deber objetivo de cuidado exigible al administrador en el suministro de información. En este sentido la cuestión se torna más compleja en el ámbito de la crisis societaria, pues parece difícil que pueda justificarse el desconocimiento de tal situación a un administrador mínimamente diligente.

B. DEBER DE INFORMAR ACERCA DE LA CRISIS EMPRESARIAL

Ya se puso de manifiesto en su momento la pluralidad de conceptos que ilustran la diversa tipología de situaciones económicas de empresa que pueden suscitar la existencia de una crisis. En tal sentido, es sabido que no determinan el mismo estado de crisis o dificultad cuando nos referimos a insolvencia, desbalance o infracapitalización, que expresan distintas situaciones, con distinto régimen jurídico, y distinto grado de riesgo¹¹⁴⁴. Los concretos deberes informativos dependen, entre otros aspectos, del riesgo que lleva aparejado una determinada relación jurídica, por lo que dichos deberes dependerán del grado de crisis o dificultad en que se encuentre la sociedad. Así, entendemos que no pueden considerarse similares los deberes informativos del administrador al frente de una sociedad insolvente, que en otros casos de dificultades aunque presente situaciones de desbalance o infracapitalización. El desconocimiento de la insolvencia por parte del acreedor es esencial pues nadie contrataría sabiendo que su

¹¹³⁹ ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p.186-187; MARIN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 331.

¹¹⁴⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 331.

¹¹⁴¹ MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 332. Ello también es reconducible a los supuestos de responsabilidad en los casos de extensión de responsabilidad de la sociedad al administrador en los casos de confusión de patrimonios o confusión de esferas en PAZ-ARES en URÍA Y MENÉNDEZ ob cit p. 599-600.

¹¹⁴² ALFARO ÁGUILA-REAL, “La llamada...” ob cit p. 68-69; MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción...* ob cit p. 333.

¹¹⁴³ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. *La acción...* ob cit p. 341.

¹¹⁴⁴ PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración...* ob cit. p. 311 y ss.; SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 67.

deudor es insolvente y no podrá cumplir, en cambio ante otras situaciones (desbalance, infracapitalización, e incluso iliquidez), el interés de la contratación se basará en el riesgo que el acreedor esté dispuesto a asumir, o de la correspondiente prima de riesgo que esté dispuesto a negociar.

Parece lógico que la insolvencia se deba comunicar expresamente, como manifestación de la buena fe, pues ello implica la imposibilidad actual de cumplir, cuestión que no obsta para que las partes puedan adquirir compromisos contractuales asumiendo riesgos, pues ello será necesario para salir o maximizar la masa activa del concurso (ante un plan de salvamento, o convenio para reflotar la empresa, etc.). Otra cosa distinta es en los casos en que la insolvencia no es actual, es decir, cuando no hay una norma que obligue a publicitar el concurso, pues en ello se plantea en qué medida el administrador viene obligado a comunicar la situación de crisis.

El desconocimiento de la situación patrimonial puede venir determinada por una conducta dolosa, o por un caso de error en la contratación, imputable a cualquiera de las partes, o incluso a la mala fortuna. Cuando el desconocimiento de la crisis empresarial venga fundada en una conducta dolosa del administrador, no parece haber problema, pues ello subsume la descuidada conducta de la otra parte¹¹⁴⁵. Cuestión distinta es el caso de error, pues habrá que determinar a quién le es imputable el mismo, para determinar la existencia o no de responsabilidad. Para entender la existencia de un vicio del consentimiento al respecto, es necesario que el error sea excusable y esencial, por lo tanto, no cabe pedir responsabilidad al administrador cuando ha sido la otra parte la que no ha puesto el debido cuidado o cuando se trate de cuestiones o aspectos accesorios o irrelevantes. Que el error sea excusable no implica la automática responsabilidad del administrador, sino que se requiere para ello que le sea imputable el error en que se ha recaído. Uno de los criterios correctores que se han utilizado para limitar la protección en la relación contractual (como interés contrapuesto a la invalidez del negocio por vicio volitivo) es el criterio de la cognoscibilidad¹¹⁴⁶, lo que determina que no es acorde a la buena fe o a la lealtad que ha de inspirar a la relación contractual, cuando se es consciente del error en el que incurre la otra parte, y no se avisa de dicho error. Que la insolvencia de la sociedad es una cosa sabida por el administrador diligente, es cosa evidente, pues entra directamente en el ámbito de su cometido, pues es una obligación el estar informado acerca de la marcha del negocio (artículo 225.2 LSC).

El criterio de la cognoscibilidad que opera como criterio corrector¹¹⁴⁷ en dirección contraria a la imputabilidad, implica que incluso puede haber responsabilidad aunque la otra parte no hubiera sido plenamente diligente, pues ello implica que no es acorde a la buena fe contractual permitir al otro caer en un error esencial que determine el negocio, siendo conscientes de ello. No obstante, si bien es cierto que la insolvencia es un error esencial -pues nadie en su sano juicio contrataría en condiciones normales ante tal circunstancia-, la cuestión es qué sucede respecto a los deberes informativos -

¹¹⁴⁵ ALFARO ÁGUILA REAL, J. “La llamada...” ob cit p. 68.

¹¹⁴⁶ MORALES MORENO “Artículo 1266...” ob cit p.305, explica que el error en la contratación pone de manifiesto dos intereses en conflicto: la protección del error (que protege a aquel que incurre en él), y la protección de la confianza (que protege a aquel que contrata con el que incurre en el error). La solución a la problemática del error viene dada por la ponderación de ambos intereses en función de criterios que limitan estos intereses. En este sentido el criterio de la imputabilidad del error que opera como criterio que limita la protección del error sobre la base de la falta de diligencia. Por otro lado, la cognoscibilidad del error por parte del otro contratante opera limitación a la protección de la confianza, sobre la mala fe contractual.

¹¹⁴⁷ RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169.

con los distintos grados de crisis- cuando la insolvencia aún no es actual (inminente, pérdidas graves, endeudamiento, desbalance, infracapitalización, etc...).

3. Deber de información en los supuestos de insolvencia

Como ya se trató anteriormente, parece claro que existen determinados deberes informativos del administrador cuando la sociedad que representa se encuentra en situación de insolvencia. A este respecto, es complejo determinar el momento y el fundamento de dicho deber. Se ha dicho que en la determinación de la responsabilidad del administrador, en su comportamiento ilícito, debe distinguirse entre aquellos supuestos de contratación en dificultades económicas, de aquellos en situaciones de crisis irreversible¹¹⁴⁸. La determinación de la crisis irreversible es una cuestión sólo detectable *ex post*, pues salvo que exista una situación de insolvencia no se sabe si la situación es reversible o no desde el punto de vista del juicio empresarial. Por ello, el criterio de la insolvencia se presenta como el presupuesto objetivo donde surge un auténtico deber informativo o espontaneo por parte del administrador que pretende contratar.

Cuando la sociedad cae en una situación de insolvencia actual, el administrador es quien viene obligado a instar el concurso (artículo 3.1 LC), lo que genera la suspensión de la actividad normal de la empresa y la producción de determinados efectos entre los que destaca la publicidad del concurso con sus correspondientes consecuencias informativas (artículo 23 y 24 LC). No obstante, se plantea la cuestión de qué sucede respecto de los deberes informativos con los acreedores, en aquellos casos en que no se promueve dicho concurso una vez alcanzada una situación de insolvencia. Y es que, aunque exista insolvencia, no implica automáticamente que sea posible un procedimiento concursal, pues es posible que no existan acreedores concurrentes.

El concurso puede ser declarado culpable, entre otra causas, si el administrador no instó el concurso a tiempo (artículo 165.1 LC) o no cumplió correctamente con sus obligaciones contables (164 y 165 LC). Ello puede implicar la responsabilidad concursal del administrador (artículo 172 bis LC). Pero lo que ahora interesa no es tanto la responsabilidad concursal (de la que ya se hizo mención en su momento), sino de cómo incide esta circunstancia en la responsabilidad general del administrador y como afecta esta conducta en su deber general de diligencia. En situaciones de insolvencia, el administrador tratará de salvar la situación, en muchos casos sin tener en cuenta el riesgo (que en principio, él no soporta¹¹⁴⁹), poniendo en juego, no los intereses de los socios que ya están lesionados (por la propia insolvencia), sino más bien el de los acreedores que verán peligrar sus créditos, con las arriesgadas decisiones del administrador, afrontando inversiones, y traspasando el riesgo a los acreedores, que no tienen nada que ganar y si mucho que perder¹¹⁵⁰. De ahí la necesidad que se prevé en el procedimiento concursal, de dar publicidad a la insolvencia. El riesgo se produce, por tanto, cuando existiendo insolvencia no se promueve y no se publicita el concurso.

¹¹⁴⁸ ESTEBAN VELASCO, “La acción...” ob cit p. 186.

¹¹⁴⁹ Daño moral, vid POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 626 y ss. Y 641 y ss.

¹¹⁵⁰ La llamada “huida hacia adelante”, vid BERMEJO y RODRIGUEZ. “Normas de protección ...” ob cit p 6.

En tal caso, parece que si el legislador impone por la vía de la normativa concursal dicha publicidad, no puede considerarse un comportamiento lícito, ocultar dicha situación de insolvencia y continuar contratando en situaciones de normalidad, lo que supone la inobservancia de un deber objetivo de cuidado¹¹⁵¹. El administrador que contrata en situación de insolvencia bajo el desconocimiento de la otra parte, no sólo vulnera un deber informativo, sino que vulnera directamente el deber de negociar de buena fe¹¹⁵². En este sentido es deber del administrador tomar las medidas necesarias para que ningún miembro de la organización empresarial concluya nuevos contratos en insolvencia¹¹⁵³. Existen por tanto, unos deberes informativos activos en caso de insolvencia, donde el administrador ha de tomar iniciativa informativa, y avisar de dicha situación.

En los supuestos de insolvencia, sino se solicita el concurso, el administrador no debe celebrar nuevos contratos sin informar de la situación de insolvencia, pues en caso contrario habría de responder por la vía general -sin perjuicio de las posteriores repercusiones concursales si fueren oportunas-. Dicha actuación ilícita, en la medida que lleva al tercero a confiar en la situación patrimonial aparente de solvencia, y a concluir un negocio, implicaría la producción de un daño directo (no reflejo) en el patrimonio del acreedor, permitiendo la acción individual de responsabilidad del 241 LSC¹¹⁵⁴. El fundamento de esta responsabilidad general por acción individual directa, difiere del fundamento de la responsabilidad concursal. La insolvencia como punto de inflexión que determina la responsabilidad del administrador no lo es por la elusión del concurso (para ello existiría la vía del 172 bis LC), ya que la insolvencia no implica automáticamente el procedimiento concursal (pues es posible que no existan acreedores concurrentes), sino más bien porque la insolvencia por si sola ya significa una lesión del derecho de crédito en tanto en cuanto la propia insolvencia invalida la responsabilidad patrimonial universal (artículo 1911 CC), contribuyendo con tales comportamientos al mal fin del negocio. Este es el sentido que se extrae del propio artículo 1129 del Código Civil, cuando prevé la pérdida del plazo del deudor cuando deviene insolvente¹¹⁵⁵, o de los artículos 1206 y 1529 CC, en los casos de insolvencia anterior al negocio, que parecen imponer un autentico deber informativo en los casos de insolvencia¹¹⁵⁶.

El artículo 1206 CC, respecto a la novación, niega al acreedor la acción contra el deudor primitivo en caso de insolvencia del nuevo deudor *“salvo que dicha insolvencia hubiese sido anterior y pública o conocida del deudor al delegar su deuda”* lo que supone realmente la exención de responsabilidad del primer deudor, que de buena fe, transfiere mediante un negocio jurídico la deuda a un tercero, de lo que se deduce que corresponde al acreedor haber tomado las medidas necesarias para cuidar de la solvencia del nuevo deudor cuando emite su consentimiento en la sustitución del mismo, y por tanto, de la liberación del antiguo (*“consentimiento liberatorio”*¹¹⁵⁷) salvo que la insolvencia del nuevo deudor sea anterior y pública, o que fuera conocida por el

¹¹⁵¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “Deberes y responsabilidad...”, ob cit p.114

¹¹⁵² Sobre el deber de negociar de buena fe y los deberes informativos DÍEZ-PICAZO *Fundamentos...* ob cit 312.

¹¹⁵³ ESTEBAN VELASCO, G “La acción individual” ob cit p. 188; MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “Deberes y responsabilidad...”, ob cit p. 114-115.

¹¹⁵⁴ ESTEBAN VELASCO, G “La acción individual” ob cit p. 188.

¹¹⁵⁵ MONTES PENADÉS. ob cit p. 132-133.

¹¹⁵⁶ Sobre el análisis de estos artículos 1129, 1206 y 1529 CC me remito al capítulo I.

¹¹⁵⁷ DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos...II.* ob cit p.1027.

acreedor en el momento de delegar la deuda¹¹⁵⁸. Por tanto, lo que se desprende del precepto es, no sólo una carga general del acreedor de cuidar de la solvencia de su deudor, sino también el reconocimiento de un deber de buena fe y de información del deudor (primitivo) cuando la situación de insolvencia no es conocida por el acreedor. En un sentido similar, el artículo 1529 CC, respecto a la cesión de créditos, establece que el cedente no responde “*de la solvencia del deudor, a menos de haberse estipulado expresamente, o de que la insolvencia fuese anterior y pública*”¹¹⁵⁹. La justificación de la responsabilidad del cedente en tales casos, reside en la ineficacia del consentimiento del cesionario por la falta de información¹¹⁶⁰, lo que lleva a la correspondiente anulación del negocio por error excusable o dolo¹¹⁶¹. Ello se traduce en la necesidad de preservar un cierto ámbito de protección de la confianza en beneficio del tráfico basado en la buena fe, lo que se traduce, en este caso concreto, en un deber expreso de informar sobre la solvencia del nuevo interviniente, en la compraventa de créditos o en la asunción de deuda. La conclusión que extraemos es que, si bien el control de la solvencia del deudor le corresponde al acreedor que contrata¹¹⁶², el transmitente del crédito tiene un deber de actuar de buena fe, y ello implica un deber de información, bajo la sanción de ineficacia del negocio por vicio del consentimiento¹¹⁶³.

Por tanto en los casos de responsabilidad del administrador por daño directo como consecuencia de la insolvencia de la sociedad, podemos entender que su fundamento descansa en la inobservancia de deberes informativos derivados del deber de negociar de buena fe. Si bien es cierto que el error respecto de la situación económica puede imputarse al acreedor -por inobservar un mínimo deber de diligencia en la autoinformación de la situación del deudor-, no se debe perder de vista el criterio de la cognoscibilidad -o conocimiento del deudor de dicha situación- como criterio corrector de la imputación de los riesgos del negocio¹¹⁶⁴. Si el administrador es consciente de la insolvencia, estaremos en una situación de mala fe, y por tanto, el dolo puede operar como elemento de subsunción del error del acreedor desinformado¹¹⁶⁵. Si el administrador no es consciente de la insolvencia de su propia sociedad, dicho desconocimiento no puede ser más que imputable a su propia negligencia, pues es un

¹¹⁵⁸ Algunos autores interpretan el precepto como una presunción *iuris tantum* de mala fe del deudor (ver tb. GUTIERREZ SANTIAGO, Pilar “Artículo 1203-1213 CC” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (coord). *Comentario al Código Civil* (2ª ed). Madrid. 2272 p., acerca de las distintas posiciones), la mayoría de la doctrina lo considera como una presunción *iuris et de iure*, a modo de responsabilidad objetiva independiente de la existencia de culpa, GIL RODRIGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p. 46 y ss, seguido por DIEZ PICAZO. En el mismo sentido de presunción *iuris et de iure* se muestran LACRUZ ob cit p. 319 se inclina por “*atribución objetiva de responsabilidad al que desconoce lo que todos saben, y él (el deudor primitivo) debió saber*”; y SANCHO REBULLIDA ob cit p.754, basado en el origen histórico del precepto.

¹¹⁵⁹ Lo que supone la carga del nuevo acreedor de cuidar por la solvencia del deudor cuyo crédito está comprando, salvo pacto en contrario o que la insolvencia fuese anterior y pública GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p 10 y ss; Resumen de las posiciones críticas, también en GARCIA CANTERO “Artículos 1529 y 1530”...ob cit p.724; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos..II* ob cit p. 985.

¹¹⁶⁰ Con ello -como ya se decía en el 1206CC- se presupone que en tal caso, existe un engaño por parte del vendedor del crédito al comprador, en el supuesto en que fuese anterior y pública DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II* ob cit p. 987.

¹¹⁶¹ Los artículos 1206 y 1529 CC presuponen que existe una mejor posición del transmitente en el conocimiento de la solvencia del nuevo deudor por su relación preexistente con él. Por ello, se le presume una mala fe o ánimo engañoso (sin admitir prueba en contrario), cuando la insolvencia sea anterior y pública (como si esa publicidad sólo fuera conocida por él), lo que viene a identificar la publicidad con la mala fe. GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía...* ob cit p. 11.

¹¹⁶² Cuando la formación de la voluntad es correcta y el consentimiento no es viciado por un engaño o error excusable sobre el crédito; y por otro lado, que a pesar de ello. GARCIA CANTERO “Artículos 1529 y 1530”...ob cit p.724.

¹¹⁶³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...II* ob cit p. 987.

¹¹⁶⁴ MORALES MORENO “Artículo 1206...” ob cit p. 305. RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169.

¹¹⁶⁵ En tal sentido ALFARO considera que este tipo de responsabilidad del administrador sólo puede ser por la vía del dolo, ALFARO AGUILA-REAL “La llamada...” ob cit p. 68.

deber esencial del administrador el conocimiento de la marcha de la sociedad (artículo 225.2 LSC). Ante esta posibilidad, se basa la opinión de algunos autores que entienden que la ilicitud se basa en el deber de informar¹¹⁶⁶. En este caso particular, aplicando la teoría general del error como vicio del consentimiento, podríamos entender que cabría ponderar una posible concurrencia de culpas de ambas partes. Por un lado habría que considerar la imputación de la desinformación al acreedor por no observar la diligencia media del que contrata (lo que iría encaminado a la protección de la confianza en el tráfico¹¹⁶⁷), y otro por lado también cabría imputar el error al administrador por inobservar la diligencia del ordenado empresario y del conocimiento de la marcha de la sociedad (protección del error)¹¹⁶⁸.

4. Deberes de información en la proximidad a la insolvencia

A. DEBERES INFORMATIVOS EN GENERAL

a) Deberes informativos en las situaciones de proximidad a la insolvencia

Cuando la sociedad es insolvente, hay una obligación de comunicar la insolvencia como manifestación del deber de informar o de negociar de buena fe. Lo que a partir de aquí se plantea, es el alcance de dicho deber en situaciones de crisis en la proximidad a la insolvencia, como en caso de insolvencia inminente, infracapitalización, desbalance, etc. Para ello, hay que acudir a las reglas del derecho común que determinan los deberes informativos de las partes en la fase de formación contractual.

Fuera de los casos en que viene impuesto por una norma, no existe en principio, una obligación general de informar de la propia situación económica de forma espontánea¹¹⁶⁹. No obstante, ello no contradice que existan determinados deberes informativos en base a la buena fe contractual que han de determinar la conducta del

¹¹⁶⁶ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual” ob cit p.189; MARIN DE LA BÁRCENA La acción individual...ob cit p. 359.

¹¹⁶⁷ Es decir la regla que justifica la irrelevancia del error. En este sentido MORALES MORENO distingue entre criterios que corrigen o limitan la protección del error y criterios que limitan la protección de la confianza. Entre los primeros hace referencia al conocimiento de los motivos, a la relevancia del error, a la incorporación de los motivos al contrato, la excusabilidad del error, a la importancia, a su conexión con el objeto del contrato.; y respecto a los segundos se refiere a: cognoscibilidad del error, carácter provocado, y descubrimiento en tiempo oportuno. MORALES MORENO, A.M. “Artículo 1266...” ob cit p.236-245. vid tb RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169.

¹¹⁶⁸ De aquí se extrae la distinción de los dos intereses en conflicto, la protección del error que se orienta a la invalidez del negocio por vicio del consentimiento, y la protección de la confianza de la otra parte, y cuyo interés se orienta a reafirmar la validez del negocio. MORALES MORENO, A.M *El Error...* ob cit p. 229-230. La doctrina ha barajado diferentes criterios que determinan cual de los dos intereses en conflicto (protección del error o protección de la confianza en el tráfico) debe prevalecer en cada caso, tales como la importancia del error, su relevancia (error determinante), la imputabilidad del mismo (excusabilidad, culpa), la cognoscibilidad de la otra parte, el momento en que surge el error, etc.

¹¹⁶⁹ GOMEZ CALLE, *Los deberes informativos...*ob cit. p. 88, 99 y 113-114. BACHNER, T. *Creditor Protection...* ob cit p.183 donde comenta el caso de *House of Lords de William v Natural LifeHealthfood Ltd*, donde el administrador fue condenado sobre la base del deficiente cumplimiento de sus deberes informativos.

administrador en la fase negociadora. Como se había dicho anteriormente, no existe una obligación general de informar acerca de la situación patrimonial, pues a cada parte le corresponde la defensa de sus propios intereses y con ello de informarse adecuadamente de las circunstancias de la contratación, por lo que la parte que padece los errores o desconocimientos de la situación económica de su futuro deudor (patrimonio, solvencia, liquidez, etc.) debe soportar sus efectos (salvo que sean imputables a la otra parte), y por tanto soportar la validez del negocio, como manifestación de la seguridad jurídica y confianza en el tráfico¹¹⁷⁰.

Bien es cierto que la situación de crisis genera circunstancias difíciles, donde se puede entender que si existirán determinadas obligaciones informativas, que dada su posición, corresponderán directa o indirectamente al administrador. Ello será en aquellos casos en que el error en que cae la otra parte sobre la situación económica de la sociedad deudora, ha de ser esencial, circunstancias tales como la insolvencia, que determina el incumplimiento de la obligación y la ineficacia de la responsabilidad patrimonial universal. Por ello, se puede afirmar la existencia de un auténtico deber activo del administrador encaminado a suministrar dicha información. Cuestión más dudosa es en los casos de meras dificultades económicas (o proximidad a la insolvencia) donde no parece que surjan especiales deberes informativos¹¹⁷¹, y por tanto no parece que se pueda afirmar un deber espontáneo del administrador de suministrar la información económica a la otra parte. No obstante conviene hacer mención a determinados deberes informativos en relación a la situación económica, que emanan de la obligación de buena fe contractual¹¹⁷².

En primer lugar, existe obligación de informar de forma veraz, es decir, de que la información suministrada sea verdadera¹¹⁷³, por lo que cabría exigir responsabilidad en aquellos casos en que la información acerca de la situación patrimonial suministrada no correspondiera con la realidad, lo que supondría una merma de las garantías y riesgos que forman parte del contrato¹¹⁷⁴. Por ello, en situaciones de proximidad a la insolvencia, una aportación de información falsa podría determinar la responsabilidad del administrador por daño directo al acreedor, si la sociedad terminara siendo insolvente, e impedida patrimonialmente (1911 CC) para cumplir las obligaciones asumidas. En segundo lugar, existe una obligación de contestar al requerimiento del acreedor solicitando información¹¹⁷⁵. Dicho deber de dar respuesta a las informaciones expresamente solicitadas, ha de entenderse siempre que ello pueda implicar, por un lado, una mala interpretación del silencio en base a la confianza generada, y que fuese razonable que la otra parte confiara en dicha relación. También existirá por otro lado, una obligación informativa activa del administrador dada su situación y carácter orgánico, cuando por su posición, sea consciente de la existencia de un error en la información manejada por la otra parte, o que existan razones objetivamente fundadas para entender y saber que no se va a poder cumplir con la obligación que se va a asumir. Este es el criterio cognoscitivo¹¹⁷⁶ que opera como límite a la protección de la confianza

¹¹⁷⁰ MORALES MORENO “Artículo 1266...” ob cit p. 305.

¹¹⁷¹ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p. 187.

¹¹⁷² DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p.64; GÓMEZ CALLE. *Los deberes...* ob cit p. 86-87.

¹¹⁷³ DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312.

¹¹⁷⁴ ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 442-443.

¹¹⁷⁵ GÓMEZ CALLE. *Los deberes...* ob cit p. 88 y siguientes; DIEZ-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p. 312; y en el mismo sentido la STS de 4-01-1982 sobre el deber de tender al requerimiento informativo.

¹¹⁷⁶ RUIZ MUÑOZ, M. *Nulidad parcial...* ob cit p.169. MORALES MORENO. “Artículo 1266...” ob cit p. 244.

o seguridad del tráfico¹¹⁷⁷, es decir, si el error en que incurre una parte era conocido por la otra, esta otra no podrá pedir que se proteja la confianza en el tráfico, pues la buena fe impide aprovecharse del error del otro contratante¹¹⁷⁸. En este sentido la imputación del error al contratante que incurre en el mismo y el conocimiento del error del otro contratante son criterios contrapuestos que se han de ponderar para la atribución del riesgo del negocio.

b) Sobre la inexistencia de un deber específico de información en la proximidad a la insolvencia

Se ha hecho referencia a la responsabilidad del administrador sobre la base de una conducta dolosa o por simple negligencia en la inobservancia de sus deberes informativos. Entre los efectos que Ordenamiento jurídico concede a la diferencia de los daños ocasionados al acreedor por una actitud del deudor dolosa o negligente, cabe citar el art. 1107 del Código Civil, según el cual en caso de culpa¹¹⁷⁹ el acreedor deberá satisfacer los daños previstos o previsibles al tiempo de constituirse la obligación, mientras que en caso de dolo, además de éstos, debe indemnizar también los que resultaban imprevisibles cuando nació la obligación¹¹⁸⁰. No obstante, por lo que aquí respecta, no parece esencial diferenciar entre un caso y otro, pues son fronteras difusas, que tienden a solaparse, atendiendo a la complejidad e innumerable casuística posible (como sucede en el caso del llamado *dolus bonus* para referirse a la exageración normal de las bondades del negocio)¹¹⁸¹.

Lo que ahora importa remarcar es que tanto el dolo como el error sobre la situación económica, recaen sobre un aspecto esencial de la relación, pues determina los riesgos del negocio, que forma parte del precio. Cuanto más cerca de la insolvencia, más esencial será la cuestión, pero una situación de crisis, puede resultar no ser suficiente en muchos casos para considerar determinante dicha situación en la celebración del negocio, pues el acreedor puede estar interesado en correr el riesgo. Cuando las partes contratan en el ámbito comercial, saben que el buen fin de sus créditos y en general de su actividad, depende del éxito económico de aquellos con quienes contratan.

La insolvencia actual, marca un punto de inflexión respecto de cualquier otra situación económica aunque sea de crisis o dificultad, pues la insolvencia determina la

¹¹⁷⁷ Principio de la protección de la confianza como principio de sentido contrario a la protección del error. El primero tiende a la validez del negocio por la confianza generada a la otra parte, y el segundo tiende a la anulación del negocio por el error excusable en que incurre uno de los contratantes. MORALES MORENO, A.M *El Error...* ob cit p.233.

¹¹⁷⁸ MORALES MORENO, A.M *El Error...* ob cit p.231

¹¹⁷⁹ Nótese que el precepto se refiere al deudor de buena fe que incumple, para hacer referencia al deudor negligente (DIEZ-PICAZO *Fundamentos...* ob cit p.744 y ss.)

¹¹⁸⁰ YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, pág. 244; DIEZ PICAZO GULLON *Sistema de Derecho* ob cit p. 617) señalan que un sentido innato de la justicia en la vida social exige que se castigue más duramente al que actúa dolosamente que al descuidado o negligente.

¹¹⁸¹ Indica DIEZ-PICAZO que “no todo engaño es considerado como ilícito y constitutivo de dolo. Tradicionalmente, la doctrina viene situando frente al auténtico dolo (*dolus malus*) el llamado *dolus bonus*. Hay siempre un cierto margen de engaño en las acciones generales del tráfico que los criterios éticos imperantes no rechazan. *Dolus bonus* es, pues, este margen de engaño tolerado por los usos y la moral”. DIEZ-PICAZO *Fundamentos ...I* ob cit p.201.

inadecuación del deudor de cumplir con la prestación a la que está obligando, además de la ineficacia de su responsabilidad patrimonial universal (1911 CC). En sentido contrario se puede afirmar que mientras haya solvencia no surgen especiales deberes informativos. Aunque haya crisis o dificultad económica, mientras hay solvencia hay posibilidad o perspectiva de cumplimiento. Los acreedores pueden estar interesados en contratar en tales situaciones, por la posibilidad de negociar buenas condiciones, altos precios o altas rentabilidades, si están dispuestos a asumir el concreto nivel de riesgo que la situación de crisis financiera de la sociedad determine, a cambio de una mayor prima de riesgo. No obstante, si el acreedor quiere garantías, ha de preocuparse por ello, así como de informarse adecuadamente para la correcta negociación del contrato y sus aspectos esenciales (tales como el precio, el riesgo, la prima del riesgo, etc...) ¹¹⁸², que han de venir determinados por una correcta información entre las partes. Pero si no se toma tal cautela, no se puede repercutir sobre el administrador la inobservancia de las cautelas del acreedor, pues el administrador diligente de una sociedad todavía solvente, ha de negociar las mejores condiciones posibles, y ello pasa por no guiar el camino de la otra parte, así como de exagerar dentro de lo razonable las garantías o las bondades propias, o minimizar los riesgos que van a determinar un mejor o peor precio (*dolus bonus*). Y es que lo contrario sería exigir al administrador que velará por los intereses de los acreedores ¹¹⁸³. No corresponde al administrador velar por otros intereses que los de la sociedad que administra en aras del interés social en el ámbito de la negociación, y menos aún en situaciones de crisis, donde parece lógico que en la búsqueda de la superación de la crisis, guarde un mayor celo en las negociaciones contractuales con los futuros acreedores (que en muchos casos querrán aprovecharse de la difícil situación).

Ello no implica que un administrador pueda ofrecer informaciones falsas más allá de la exageración o seducción propia de la negociación, pero no tiene obligación espontánea de comunicar su concreta situación económica, ni de guiar a la otra parte en el análisis de los riesgos o vicisitudes del negocio. Si bien es cierto que en situación de insolvencia, el administrador que sabe que no podrá cumplir las obligaciones que contrae, debe responder frente a los nuevos acreedores que confiaron en él, en otras situaciones de dificultad financiera, donde la crisis no determina una insolvencia actual, ni una situación de crisis irreversible ¹¹⁸⁴, el administrador no puede prever tal contingencia pues no sabe ciertamente el desenlace de la situación. Por tanto, a diferencia de los supuestos en que exista una situación de insolvencia, no hay un deber específico del administrador de informar sobre la crisis financiera o económica que atraviesa la sociedad, sino más bien de utilizar los mecanismos lícitos adecuados para superar tal crisis. Por ello mientras no haya insolvencia, la carga de autoinformarse adecuadamente debe recaer sobre la otra parte contratante ¹¹⁸⁵.

B) EL DEBER DE INFORMACIÓN EN SUPUESTOS ESPECÍFICOS

¹¹⁸² ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 442-443, y 453.

¹¹⁸³ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.92

¹¹⁸⁴ Criterio del *wrongful trading* como de insolvencia irreversible en VIÑUELAS SANZ “Insolvencia de sociedad...” ob cit p.310, aunque también hace referencia al debate doctrina sobre la extensión del concepto a insolvencia probable (*likely*) o muy probable (*more likely than not*) ob cit p.313-314; Sobre el criterio de irreversibilidad como criterio esencial a efectos de deberes informativos del administrador vid ESTEBAN VELASCO, G. “La acción individual...” ob cit p. 189.

¹¹⁸⁵ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción...” ob cit p. 187.

El hermetismo patrimonial permite el vaciado patrimonial de las sociedades, a veces de un mismo grupo o sometidas a un poder de dominación o dependencia, y otras veces simplemente operando en el tráfico sin las garantías suficientes, generando en muchos casos situaciones de insolvencia, que atendiendo a las reglas de la personalidad jurídica, impiden extender la responsabilidad a otros sujetos distintos de la propia sociedad insolvente. Tales son los casos de infracapitalización o de confusión de patrimonios o esferas, que en muchas ocasiones desembocan en la responsabilidad del administrador.

a) El deber de información en el supuesto de infracapitalización de la sociedad.

a. Responsabilidad por infracapitalización como responsabilidad por no información.

En situaciones de infracapitalización, ha sido frecuente recurrir al levantamiento del velo¹¹⁸⁶ para extender la responsabilidad de la sociedad a los socios (generalmente al socio de control¹¹⁸⁷), por los daños ocasionados a los acreedores o a terceros, como consecuencia de la inadecuada estructura de capital de la sociedad¹¹⁸⁸. No obstante, en algunos de estos casos, un autorizado sector tiende a creer que más que hablar de una responsabilidad por la ausencia de una capitalización adecuada, se puede hablar de una responsabilidad por la deficiente información suministrada en la fase de formación contractual¹¹⁸⁹. Cuando las partes negocian (en una posición de razonable equilibrio), el riesgo asumido sirve como criterio que va a determinar la negociación de las condiciones (prima de riesgo), como parte de los elementos esenciales del contrato. Por tanto, y en principio, ante una libre e informada negociación -incluida la negociación del riesgo- no parece razonable exigir responsabilidad por incumplimiento de una obligación en base a una determinada estructura de capital, cuando dicha circunstancia ha sido conocida y negociada con la correspondiente repercusión en las condiciones contractuales. Por ello, es que no existe motivo para que no operen las reglas generales de la responsabilidad limitada –hermetismo patrimonial-, y la distribución del riesgo que de ella emana, con lo que cada parte soporta el riesgo asumido en la contratación.

Por tanto, en las relaciones contractuales, y siempre que exista un razonable equilibrio entre las partes, la cuestión de la infracapitalización se redirige a una cuestión informativa, donde la información suministrada ha de ser fiel y verdadera, para que se

¹¹⁸⁶ Entre otras muchas, las más recientes Sentencia del Tribunal Supremo de 03 de enero de 2013 (STS 796/2012), Sentencia 718/2011, de 13 de octubre, Sentencia 670/2010, de 4 de noviembre, Sentencia 1253/2007 de 30 de noviembre, 1245/2007 de 29 de noviembre.

¹¹⁸⁷ OTXOA-ERRARTE. *La Responsabilidad de los Socios...* ob cit p. 257 y ss. donde esta autora cita la postura seguida originariamente por PAZ-ARES, posición que este último modificó posteriormente, al intender lo inapropiado de extender la responsabilidad de la sociedad al socio.

¹¹⁸⁸ BOLDÓ RODÁ “Levantamiento de velo...” ob cit p. 410 y 423; OTXOA-ERRARTE. *La Responsabilidad de los Socios...* ob cit p. 240 y ss; PAZ-ARES, en URÍA Y MENEDEZ, *Curso...* ob cit p.598, y 676 y ss.

¹¹⁸⁹ Por todos PAZ-ARES, C. “La infracapitalización...” ob cit p. 260.

produzca mediante la autonomía privada, el intercambio y la distribución contractual del riesgo¹¹⁹⁰. Por lo que más que un levantamiento de velo de la personalidad jurídica, lo que se produce es una responsabilidad por elusión de los deberes informativos que subyacen a la buena fe contractual.

b. La inadecuada extensión de responsabilidad de la sociedad al socio

Es sabido que la responsabilidad limitada de las sociedades capitalistas se configura como principio esencial cuyo hermetismo patrimonial impide que la responsabilidad se extienda de la sociedad al socio (o inversor), por lo que en aquellos casos en que se recurre al expediente del levantamiento del velo para extender la responsabilidad implica necesariamente una quiebra del sistema societario. Es cierto que existen casos difíciles que parecen requerir una respuesta del ordenamiento jurídico ante situaciones donde el hermetismo patrimonial puede ofender el sentido de la justicia, ya sea por una utilización abusiva¹¹⁹¹ de la personalidad, o por situaciones que demandan una concreta responsabilidad. No obstante, la búsqueda de soluciones no debiera configurarse a través de una extensión de la responsabilidad de la sociedad al socio¹¹⁹², ni de un levantamiento del velo societario (en base al abuso del derecho o al fraude de Ley) con el correspondiente alcance al socio, sino más bien, una adecuada metodología que tienda a identificar el auténtico centro de imputación de responsabilidad en cada caso concreto¹¹⁹³. Así en muchos de los supuestos de infracapitalización, habrá ocasiones en que el administrador, ya sea de hecho o de derecho, deba responder por la inobservancia de sus deberes en el desempeño diligente del cargo, es decir, de sus concretos deberes informativos, ya se trate de los concretos mecanismos de negociación en base a la buena fe, ya se trate de la correcta y ordenada administración (p.e. llevanza de una ordenada contabilidad que refleje la imagen fiel del patrimonio, publicidad registral, etc.). Si bien es cierto que en muchas ocasiones el sentido de la justicia se ha encaminado a una responsabilidad por infracapitalización que ha alcanzado al patrimonio personal de los socios (sobre todo en sociedades reducidas, con pocos socios, o sociedades unipersonales), entendemos que este resultado de transmisión de la responsabilidad, no encuentra su causa última en la condición de socio del responsable, sino más bien por el hecho de que éste ostenta un poder de dirección que le permite la realización de tareas ejecutivas y de gestión que causan el resultado lesivo, lo que le reconduce a la figura del administrador de hecho, una situación jurídica en materia de responsabilidad similar a la del administrador de derecho (art. 236.1º LSC). Por tanto, en el ámbito contractual la responsabilidad por infracapitalización debe reorientarse a la infracción de los deberes informativos (que emanan del deber de negociar de buena fe), y que como actos ejecutivos de gestión de la empresa son inherentes a la cualidad del órgano de administración y no a la categoría del socio individual.

¹¹⁹⁰ PAZ-ARES, C. “La infracapitalización...” ob cit p. 262.

¹¹⁹¹ DOBSON *El abuso...* ob cit p. 12-13

¹¹⁹² En sentido contrario OTXOA-ERRARTE. *La Responsabilidad de los Socios...* ob cit p. 238 y ss, donde se exponen las diferentes tesis de la responsabilidad por infracapitalización, en derecho comparado.

¹¹⁹³ PAZ-ARES en URÍA/MENÉNDEZ ob cit p. 591 y ss.

c. Infracapitalización e insolvencia

En situación de insolvencia surge un deber espontáneo o activo de información, ya que la propia insolvencia constituye en sí misma una lesión del derecho de crédito¹¹⁹⁴, que determina la ineficacia de la responsabilidad patrimonial universal (1911 CC). En cambio, mientras la sociedad sea solvente, aunque exista una evidente infracapitalización, el deber de información no surge de la concreta estructura de capital en que se organice la empresa, es decir, no surge por el mero hecho de estar infracapitalizada, pues no hay criterios desde el punto de vista económico-financiero que delimiten un grado de capitalización idóneo u óptimo¹¹⁹⁵, sino al contrario, existe una relación entre el incremento del endeudamiento y la rentabilidad empresarial (cuanto mayor sea el grado de apalancamiento financiero- relación deuda con recursos propios- más incrementa la rentabilidad, teniendo en cuenta las sinergias del capital)¹¹⁹⁶. En este sentido, una delimitación estricta de la capitalización empresarial puede generar importantes situaciones de ineficiencia¹¹⁹⁷, sobre todo si tenemos en cuenta que la mayoría de las pequeñas empresas podría considerarse que están realmente infracapitalizadas¹¹⁹⁸. La responsabilidad del administrador en los casos de falta de capitalización de la sociedad surge, en muchas ocasiones, de aplicar los principios generales del derecho civil en cuanto a deberes informativos en el seno de la buena fe contractual. Ello supone que, en relación a los deberes de información de una sociedad infracapitalizada, no es obligación del administrador tomar una iniciativa informativa, cuyo control que corresponde a la otra parte (*caveat creditor*), ni de comunicar espontáneamente la situación u ofrecer análisis económicos de su propia situación, sino solamente de responder de forma veraz y transparente a los requerimientos informativos que surgen en el seno de la negociación, y no permitir el error acerca de la circunstancias reales, pero como parte que defiende los intereses de la sociedad que representa.

Fuera de los casos en que la negociación contractual se desarrolla en un razonable equilibrio entre las partes, se ha sostenido –como ya se aludió anteriormente– la necesidad de una capitalización adecuada para hacer frente a la responsabilidad que se puede generar en el tráfico –fallas del mercado– por el desequilibrio informativo o negociador de los pequeños acreedores (o “acreedores ignorantes”), o para hacer frente a la cuestión de los acreedores extracontractuales¹¹⁹⁹.

¹¹⁹⁴ Respecto de los límites de la responsabilidad por deudas vid. DíEZ-PICAZO, *Fundamentos...* vol. II. p.102, y 780 y ss.

¹¹⁹⁵ ARRUÑADA *Teoría...* ob cit p. 358. No existe un acuerdo en materia económica para determinar unos criterios uniformes que determinen la estructura óptima de capital, cuestión polémica suscitada a raíz de las tesis de MILLER y MODIGLIANI, (“*The Cost of Capital, Corporation Finance and Theory of Investment*” en *American Law Review*, nº3 1958 p.261 y ss.) donde se concluye, entre otros aspectos, que la estructura de capital es indiferente al valor de la empresa.

¹¹⁹⁶ En este sentido GUASCH MARTORELL. “La doctrina...” ob cit p. 1496, donde destaca que el resultado de los análisis de la estructura financiera de las empresas no se pueden extraer criterios uniformes al respecto, pues son múltiples los factores intervinientes en el resultado económico: sector, actividad, tamaño, etc. (ob cit p.1499).

¹¹⁹⁷ PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit. 257.

¹¹⁹⁸ Pequeñas porque el problema de la infracapitalización, es un problema de las sociedades cerradas (empresas familiares, grupos de sociedades, etc.), ya que como indica PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit. p. 269, en las sociedades abiertas las propias fuerzas del mercado de capital evitan la infracapitalización, dada la especialidad de funciones entre proveedores de capital y proveedores de capacidad gerencial (administradores).

¹¹⁹⁹ VICENT CHULIÁ “Aspectos jurídicos...” ob cit p. 498 dice “*deber de dotar a su empresa de fondos propios adecuados al volumen de riesgo asumido*”; GUASCH MARTORELL ob cit. P.1497 hace referencia a que la buena salud del sistema financiero, por el mayor riesgo de crisis empresarial. OTXOA-ERRARTE. *La Responsabilidad de los Socios...* ob cit p. 54. La existencia de un principio de capitalización adecuada, se basaría en un principio no escrito extraído de una interpretación sistemática y finalista de las normas de mantenimiento e integración de capital,

Respecto a los primeros, se ha defendido la necesidad de cargar la iniciativa informativa en la parte fuerte de la relación dada la incapacidad del pequeño acreedor de monitorear el riesgo que emana de la relación contractual (aunque sin olvidar que en ocasiones a los acreedores ignorantes les resultará eficiente asumir el riesgo de la contratación¹²⁰⁰). Es decir, que en vez de existir una responsabilidad por eludir un auténtico deber de capitalización adecuada, lo que existiría sería un deber de comunicar la infracapitalización, pues como indica PAZ-ARES “*la protección por parte del ordenamiento de esta confianza no significaría que la sociedad necesariamente tenga que estar adecuadamente capitalizada; lo único que significaría es que en caso de no estarlo [...] tendría el deber de notificar al acreedor sus pautas inusuales de capitalización*”. Esta conclusión, vendría a suponer una alteración del principio general *caveat creditor*, dado el desequilibrio *inter partes*. En tal sentido, el deber informativo de la parte fuerte de la relación se basaría en un deber general de buena fe contractual, y más específicamente en un deber de atender a la confianza o a las expectativas generadas, dada la complejidad del negocio, de la información, o de la imposibilidad de autoinformación¹²⁰¹. No obstante, en definitiva, ello viene a suponer una responsabilidad por ausencia informativa, más que por capitalización adecuada.

Cuestión distinta es la relativa a los acreedores extracontractuales. Cuando el administrador ha de responder frente a los acreedores extracontractuales, no lo va a hacer por inobservancia de deberes de información, sino sobre la asunción de un riesgo excesivo en el tráfico como es operar sin una garantía patrimonial suficiente. Por ello, la existencia de un deber de capitalización adecuada¹²⁰², se puede entender sobre la base de la necesidad de proteger a los acreedores extracontractuales, pero todo ello es independiente a la relación contractual, donde operan los deberes informativos (en aras del correcto y eficiente reparto del riesgo contractual).

b) Extensión de responsabilidad por confusión de patrimonios o esferas

Otro de los supuestos típicos de responsabilidad del administrador en los casos de insuficiencia patrimonial, en que se ha acudido a levantar el velo societario, han sido los casos de confusión de patrimonios o esferas¹²⁰³. Se quiere aquí hacer referencia a aquellos supuestos en los que se contrata creyendo y confiando en una estructura patrimonial aparente pero que no resulta ser la que realmente comparece cuando se formaliza el contrato. Esta es la circunstancia habitual en grupos societarios donde

como respuesta a la problemática de los daños ocasionados a los acreedores extracontractuales, o pequeños acreedores (acreedores ignorantes) incapaces de monitorear el riesgo asumido. No obstante respecto de estos últimos, desde un análisis económico, se podría afirmarse, que ello no tiene porque implicar una capitalización adecuada de la sociedad, sino un deber de informar expresamente en caso de no estarlo (PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit. p. 261-262;).

¹²⁰⁰ PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 262.

¹²⁰¹ GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales...* ob cit p. 88 y ss, donde se argumenta que el surgimiento de determinadas situaciones pueden generar un determinado deber informativo que altera la regla *caveat creditor*. Así por ejemplo la confianza generada entre las partes pueden generar un deber informativo, o determinadas circunstancias de desequilibrio que lo justifiquen.

¹²⁰² OTXOA-ERRARTE. *La Responsabilidad de los Socios...* ob cit p. 54.; PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit 262; VICENT CHULIA “Aspectos jurídicos...” ob cit p. 498 ; GUASCH MARTORELL ob cit. p. 1497.

¹²⁰³ BOLDÓ RODÁ. *Levantamiento de velo...* ob cit p. 350 y ss; PAZ-ARES en URÍA, MENENDEZ, GARCIA DE ENTERRIA... ob cit p. 599-600.

aparentemente se contrata con una entidad en función de una apariencia generada, cuando en realidad, a la hora de formalizar la relación (cuando se formaliza el contrato o se emiten facturas, albaranes, etc..) no se hace con la entidad aparente, sino con una parte o segmento de la misma (sociedad filial), con lo que se limita el riesgo y la responsabilidad, con el consecuente perjuicio para la otra parte. El mismo caso es cuando sucede la confusión patrimonial del patrimonio de la persona jurídica con el patrimonio, bien del administrador, o bien del socio¹²⁰⁴. Estamos, por tanto ante una cuestión reconducible a los deberes de información, por los que ha de responder el administrador que no establece los mecanismos idóneos para la adecuada realización contractual, incumpliendo así negligentemente los deberes propios del cargo.

En este sentido, resulta claro que cuando el administrador (de derecho o de hecho, como por ejemplo la sociedad dominante), actúa con dolo o mala fe en el suministro de la información falsa, la responsabilidad no plantea dudas. No obstante, como se ha venido reiterando, y salvo que no exista una situación de insolvencia actual, no existe un deber activo del administrador de informar, sino más bien de atender lealmente a las solicitudes de información que requiera la otra parte, debiendo suministrar información veraz, e impidiendo que la otra parte caiga en errores conocidos o presumibles como pueda ser creer que responde el grupo y no la persona física (por ejemplo por la utilización confusa de los logotipos o marcas dentro del grupo, etc.).

Por ello, en tales caos se puede afirmar que más que una extensión de responsabilidad de la sociedad al socio (por ejemplo de la filial a la matriz), lo que realmente existe es más bien una responsabilidad de los administradores (de hecho o de derecho) que han dirigido la negociación sin establecer las cautelas necesarias que requiere la buena fe contractual en nombre de la persona jurídica, produciéndose así una inobservancia de sus deberes informativos.

C. DEBER DE INFORMACIÓN EN EL ÁMBITO DE LA CRISIS DISOLUTORIA

En caso de la crisis disolutoria, en lo referente a los nuevos acreedores que contratan con la sociedad con posterioridad al momento de producirse la crisis, la responsabilidad podría venir determinada por diferentes vías atendiendo a los diferentes mecanismos de exigencia de responsabilidad. Así por un lado se podría exigir la responsabilidad del administrador por las deudas posteriores cuando se omitieran los deberes disolutorios, junto con la vía de la responsabilidad general por la acción individual del artículo 241 LSC por la omisión de un deber *ex lege* de disolución¹²⁰⁵.

a) El deber de información del administrador en la crisis disolutoria

¹²⁰⁴ PAZ-ARES en URÍA/MENÉNDEZ... ob cit p. 599-600.

¹²⁰⁵ El Tribunal Supremo ha admitido que, en régimen de concurso ideal, la situación de insolvencia puede dar paso a la responsabilidad individual, cuando la insolvencia de la sociedad provocada por la negligencia de los administradores causa una lesión directa a los acreedores (SSTS 11 de octubre de 1991, 10 de diciembre de 1996, 11 de noviembre de 1997, 17 de diciembre de 2003, 20 de febrero de 2004, etc.).

La omisión de los deberes disolutorios puede contribuir a perjudicar de forma indirecta los intereses de los acreedores por reducir sus expectativas de cobro. Al margen de la responsabilidad específica por no disolución (367 LSC), no parece que por la simple omisión de los deberes disolutorios en una fase en que la sociedad es solvente, se pueda determinar la responsabilidad directa de los administradores¹²⁰⁶ (241 LSC). Para que surja dicha responsabilidad directa es necesario que fuera previsible o que se sepa que no se podrá cumplir con la obligación que se está asumiendo, lo que implica la lesión de un deber de información¹²⁰⁷, que parece surgir del deber general de buena fe. En tal sentido, algún autor entiende que no ha de prosperar una acción de responsabilidad frente al administrador, si dicha omisión de los deberes disolutorios fuera irrelevante en la operación¹²⁰⁸.

No obstante, lo que aquí nos planteamos es el alcance de los deberes informativos de los administradores en tales situaciones. Lo que se plantea es si de la regulación del artículo 363 y ss LSC, puede extraerse -sin perjuicio de los deberes informativos que emanan de la buena fe- la existencia de un deber informativo *ex lege*, que implica una actuación informativa expresa del administrador, cuya inobservancia determinaría la antijuricidad de su actuación para una exigencia de responsabilidad por la vía de la acción individual. La consecuencia de ello sería que, junto a los supuestos de insolvencia, en los casos de crisis disolutoria (pérdidas que dejen reducido el patrimonio neto a más de la mitad del capital), el administrador tiene un deber activo o espontáneo de informar de tal situación, pues de no hacerlo se produciría una lesión de un deber objetivo de cuidado en la fase de formación contractual.

b) La responsabilidad del 367 LSC como deber de información

La responsabilidad de los administradores por no disolución del artículo 367 LSC (antiguos 262.5 LSA y 105.5 LSRL), se ha convertido en punto de mira de innumerables críticas por parte de nuestra doctrina especializada¹²⁰⁹, en base a argumentos de diferente naturaleza. Pese a que no es este el lugar apropiado para detenerse en ello, si lo es de hacer mención de alguno de ellos, respecto de las consecuencias que implica la regulación recogida en los citados preceptos, de cara a una mejor interpretación de la controvertida norma en el Ordenamiento.

Uno de los principales problemas en el marco de la responsabilidad por deudas que ha requerido la atención de la doctrina, ha sido el relativo a la coordinación con el resto de acciones de responsabilidad. Por un lado con la legislación concursal, pues la responsabilidad por deudas tiende a sustraer el patrimonio de los administradores de las acciones concursales¹²¹⁰, y por otro lado, con las acciones de responsabilidad directa (241 LSC), donde la responsabilidad por deudas supone una doble vía compatible con

¹²⁰⁶ ESTEBAN VELASCO “La acción...” ob cit p. 187.

¹²⁰⁷ MARÍN BÁRCENA. *La acción...* ob cit p. 341.

¹²⁰⁸ ESTEBAN VELASCO. G. “La acción individual...” ob cit p. 187.

¹²⁰⁹ VICENT CHULIA, “La responsabilidad ...”, ob cit p. 45 y ss; ALONSO UREBA “La responsabilidad concursal...” ob cit p. 536.

¹²¹⁰ VICENT CHULIÁ, “La responsabilidad ...”, ob cit p. 45

aquella, que se ha conformado como más efectiva para los demandantes en la praxis judicial, pero donde no existe un consenso acerca de su verdadera naturaleza. Todo ello genera un marco de inseguridad jurídica por la facultad de modulación que ejercen los jueces ante una acción de responsabilidad, de la que no sabemos muy bien a que tipo o naturaleza responde dicha acción¹²¹¹. Si por un lado, un amplio sector de la doctrina¹²¹² lo ha tratado de ubicar como sanción civil, no se puede obviar que la sanción civil no encaja bien en el ámbito del derecho privado¹²¹³. Por otro lado se ha esgrimido la tesis de responsabilidad por daños, lo que supondría una aparentemente ilógica reiteración de la regulación del 236 LSC¹²¹⁴.

La responsabilidad por deudas responde a una rémora histórica del derecho italiano¹²¹⁵, como consecuencia de una configuración concursal mixta, donde su origen se encuentra en la necesidad de completar determinados problemas de protección que no superaban los antiguos institutos de la quiebra y la suspensión de pagos, pero que tras la reforma concursal, no tiene sentido seguir manteniendo, injustificada dualidad normativa de la crisis y la responsabilidad del administrador¹²¹⁶. Dicho marco produce un insatisfactorio resultado en la actualidad por los problemas de coordinación en el ámbito de la crisis empresarial. La regulación originaria del precepto constituía una responsabilidad sin parangón en el derecho comparado, que se ha ido mitigado en las últimas reformas limitando dicha responsabilidad a las deudas posteriores a la situación de desbalance.

a. El fundamento informativo-contable del artículo 363.1.e LSC

El sistema de *legal capital* es el que ha venido inspirando al derecho societario continental¹²¹⁷, y supone la existencia de un principio de capital mínimo consagrado en nuestra legislación societaria (art. 4 LSC), que tiene encomendado cumplir la función de garantía, frente a los acreedores de la sociedad¹²¹⁸, como cifra de retención no distribuible entre los accionistas¹²¹⁹, pese a que la utilidad de dicho principio haya sido cuestionada, por no resultar un eficiente mecanismo de protección de acreedores¹²²⁰ -

¹²¹¹ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p.41-42

¹²¹² ALCOVER GARAU “La responsabilidad...” ob cit p. 267; BELTRAN SANCHEZ “La responsabilidad...” p.256; MACHADO PLAZAS, *Pérdida...* ob cit 310 y ss; MONGE GIL, A. L. “La responsabilidad...” ob cit p. 722; RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA, HUERTA VIESCAS. *Responsabilidades...* ob cit p. 437 y ss. ; VIÑUELAS SANZ, M. Responsabilidad... ob cit 53-54.

¹²¹³ RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 488-489.

¹²¹⁴ QUIJANO, J. “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad: Art. 262.5 TRLSA (SAP Burgos 24 julio 1995)”. En *Revista de derecho de sociedades*, nº 5, 1995, p.274-278 BELTRÁN SANCHEZ “La responsabilidad...” ob cit p. 256, MACHAZO PLAZAS, J. *Pérdida de capital social...* ob cit p.351 y ss.

¹²¹⁵ QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p.40y ss

¹²¹⁶ ALCOVER GARAU, Guillermo. “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho de concursal y Paraconcursal*, nº 7, año 2007. p. 103; RUIZ MUÑOZ “Administradores y deudas...” ob cit p. 5-23.

¹²¹⁷ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 82 indica el sistema de legal capital típico de la Europa continental ha entrado en tensión como consecuencia del Informe del grupo de Alto Nivel y del Plan de Acción del Derecho de Sociedades en el seno de la Comisión europea.

¹²¹⁸ Protección preventiva de los acreedores *ex ante* frente otros sistemas como el norteamericano cuya tutela se realiza *ex post* principalmente a través de la exigencia de responsabilidad de los administradores en caso de insolvencia de la sociedad ALONSO LEDESMA “Algunas reflexiones...” ob cit p. 131-132.

¹²¹⁹ VAQUERIZO, Alberto. “Artículo 1. Sociedades de Capital”. en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 181-193.

¹²²⁰ ROJO/BELTRÁN, “Artículo 4 Capital social mínimo”. en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p.205. Sobre el debate entre la eficiencia del

pues parece que cualquiera que sea la cuantía del capital mínimo ello no garantiza una adecuada capitalización de las sociedades-¹²²¹.

En coherencia con este sistema de *legal capital*, establece el artículo 363.1.e LSC el supuesto de las pérdidas cualificadas como causa de disolución, salvo para aquellos casos en que se proceda a la reducción de capital social en la cuantía suficiente (siempre y cuando, claro está, se respete en dicha reducción la cifra de capital mínimo), por lo que se desprende que la obligación de disolución por pérdidas, como medida preconcursal, se salva mediante una adecuada medida que supone el consiguiente ajuste contable de la cuenta de capital social, para evitar inducir a error a los eventuales contratantes sobre el patrimonio de la sociedad. En tal sentido -y sin perjuicio de la función de garantía del capital social que en el fondo inspira al precepto¹²²²- podemos decir que la finalidad de esta causa disolutoria se encuentra en la necesidad de garantizar un equilibrio entre las cifras de patrimonio neto y capital social, es decir, una correspondencia de datos¹²²³. Por ello, se debe entender que la norma del artículo 363.1.e desempeña una función esencialmente informativa, puesto que no obliga a disolver si las pérdidas que reducen el patrimonio neto se aplican a la reducción de capital¹²²⁴.

Así pues, la previsión disolutoria del artículo 363.1.e como previsión con una finalidad de carácter contable¹²²⁵, es una previsión informativa, y en sintonía con lo ya expuesto con anterioridad¹²²⁶, dicha función informativa, encaminada a la correspondencia de datos, tiene por ello un alcance muy limitado. El artículo 23 de la LSC establece que la cifra de capital social debe constar obligatoriamente en los estatutos sociales, por lo que su modificación sólo puede igualmente instrumentalizarse a través de escritura pública (artículos 21 y ss. LSC), lo que le confiere al dato una dignidad formal superior al mero dato de patrimonio neto que no es más que un mero apunte en el pasivo del balance, por lo que bien es cierto, que la adecuación de la cifra de capital social a una realidad contable de la sociedad puede resultar una información relevante para el pequeño acreedor que pueda confiar en dicha cifra como garantía de solvencia del negocio¹²²⁷. No obstante, por un lado, la relevancia de dicho dato es limitada¹²²⁸, pues por sí solo puede ser una información descontextualizada que no aporta datos sobre el nivel de riesgo que asume la sociedad en su actividad, ni puede por sí sólo de forma absoluta informar sobre el nivel de capitalización suficiente¹²²⁹. Por

sistema continental de legal capital y el norteamericano vid. ALONSO LEDESMA "Algunas reflexiones..." ob cit p. 134 y ss. E incluso como indica OTXOA-ERRARTE el capital mínimo como consecuencia de su escaso importe se cuestiona si cumple una auténtica función de garantía (OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad...* ob cit p. 92); MIOLA, M. "Tutela de los acreedores..." ob cit p.21-22.

¹²²¹ ULMER, Peter. *Principios...* ob cit p. 81 y p. 92; ALONSO LEDESMA "Algunas reflexiones..." ob cit p. 135. Como indica VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1..." ob cit p.188 el capital social no garantiza ni la suficiencia patrimonial, ni un determinado coeficiente de liquidez. MIOLA, M. "Tutela de los acreedores..." ob cit p.22.

¹²²² MACHADO PLAZAS, *Pérdidas...* ob cit p. 31.

¹²²³ MORALES BARCELÓ, J. *La responsabilidad...* ob cit p. 321

¹²²⁴ Una postura distinta es la de MIOLA, M. "Tutela de los acreedores..." ob cit p.64-65, que indica que el precepto cumple una función de referencia temporal, que viene a afectar la continuidad de la empresa.

¹²²⁵ URÍA, MENENDEZ y GARCIA DE ENTERRIA "La sociedad..." ob cit p.1048

¹²²⁶ Vid. Capítulo II.

¹²²⁷ Más aún cuando en una mera consulta de una nota informativa del Registro Mercantil nos puede fácilmente informar de la cifra de capital social de la sociedad.

¹²²⁸ VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1..." ob cit p.186 indica que el capital no puede considerarse una referencia directa al valor de la empresa, tratándose de un concepto nominal y no sustantivo, dada su permanencia de como cifra estable frente al patrimonio como naturalmente variable.

¹²²⁹ ALONSO LEDESMA "Algunas reflexiones..." ob cit p.135. indica algunos de los argumentos que se han utilizado en contra el sistema de *legal capital*. En tal sentido indica que aunque fuera cierto que mantener la cifra de

otro lado, la formalización de la reducción de la cifra de capital social no tiene porque suponer una mayor garantía informativa, en tanto en cuanto la contabilidad y los estados financieros de la sociedad reflejados en las cuentas anuales es un instrumento más adecuado y completo para ver reflejada la imagen fiel del patrimonio del deudor. Las pérdidas cualificadas de los anteriores ejercicios se van incorporando anualmente al balance en sentido negativo reduciendo el importe total del cómputo del neto patrimonial, por lo que en cualquier caso, las pérdidas graves (cualificadas o no) tienen su reflejo en las cuentas anuales de la sociedad. Por tanto, y salvando los casos de pequeños acreedores que tienden -erróneamente- a confiar en la cifra de capital social como dato financieramente relevante, por regla general y considerando el patrón mínimo de empresario diligente, entendemos que aunque no se efectúe dicho ajuste meramente contable (disminución de la cifra de capital) no tendría porque desmerecer la información facilitada en las cuentas anuales. Y en este sentido un acreedor que dispusiera plenamente de la información contable se ha de considerar informado, pues lo será aunque no se haya reducido capital, pues en los estados financieros aparecen reflejadas las pérdidas igualmente, lo que constituye una base informativa más adecuada para conocer o detectar, la situación de crisis o dificultad económica de la sociedad. Entiendo que ello pone de manifiesto el limitado alcance informativo de la cifra de capital social, a cuya adecuación a la realidad es a lo que está orientado el artículo 363 LSC¹²³⁰.

b. La responsabilidad por no disolución sobre la base del tercero de buena fe:

La regulación societaria se orienta a que los administradores promuevan la disolución de la sociedad cuando se produce una situación de desbalance por pérdidas cualificadas, lo que puede considerarse como una situación de infracapitalización que sobreviene a un resultado económico de pérdidas que dejan reducido el patrimonio neto por debajo de la mitad del capital social. La infracapitalización por si sola no tiene porque suponer un riesgo o peligro para el tráfico jurídico, si ello es notorio y conocido por las partes contratantes, de tal manera que exista una información económica transparente, donde se pueda distribuir el riesgo entre las partes en el seno de la contratación¹²³¹. En cambio, el legislador entiende que, en el caso de las pérdidas que reducen el patrimonio neto a la mitad del capital social, dichas pérdidas son lo suficientemente graves como para suponer un auténtico peligro de lesión para los nuevos acreedores que desconocen¹²³² la autentica situación económica de la sociedad. Por ello, la actual regulación penaliza al administrador, realmente no por no disolver, sino por celebrar nuevos contratos ante tal situación¹²³³. Lo que la norma no hace, es

capital social pudiera suponer una ventaja o garantía para los acreedores de la sociedad, ello hay que sopesarlo con lo que supone impedir la formación de sociedades viables con ideas sólidas y potencialmente prósperas, pero sin activo. Como indica VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1..." ob cit p.188, pese a que el capital se encuentra afecto a la actividad económica como cifra de retención, ello no significa que garantice los pagos ni que constituya la base de la solvencia de la sociedad.

¹²³⁰ VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1..." ob cit p.186 y ss.

¹²³¹ PAZ-ARES, "La infracapitalización..." ob cit p. 260 y ss.

¹²³² El desconocimiento es lo que convierte al acreedor en acreedor de buena fe. vid. RUIZ MUÑOZ, M. "Fundamento y naturaleza..."ob cit p. 555.

¹²³³ Ya que responde sólo de las obligaciones posteriores a la causa de disolución. En la STS 16 de octubre de 2003 , entre otras)dice que la responsabilidad *ex artículo 262.5 LSA* tiene su "ratio" en que la conducta omisiva de los administradores ha inducido a error a un determinado tercero contratante, haciéndole creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde los puntos de vista económico y financiero.

especificar precisamente el desconocimiento de los nuevos acreedores, es decir, vincular la deuda por la que han de responder los administradores al error como vicio del consentimiento. Y dado que la norma no especifica la necesidad de que exista una desinformación efectiva del acreedor (acreedor de buena fe), parece razonable entender que una interpretación lógica y sistemática del precepto se orienta que deba limitarse la responsabilidad del administrador por deudas a los casos de buena fe del acreedor – como tercero desinformado-, pues no tendría sentido imputar responsabilidad sobre la base de la lesión producida a los nuevos acreedores que confiaron desconociendo las pérdidas, si por el contrario se pudiera acreditar un auténtico conocimiento de la situación por parte del acreedor¹²³⁴. Algún autor¹²³⁵ ha venido entendiendo ya antes de la reforma legislativa, la necesidad de la buena fe del acreedor, en el sentido de no estar *debidamente informado o culpablemente desinformado*¹²³⁶ para que efectivamente concorra la responsabilidad del administrador. Esta es la tesis que ha venido defendiendo el Tribunal Supremo en la última década¹²³⁷.

El administrador no puede ser responsable directo frente a un tercero debidamente informado, pues se estaría distribuyendo al administrador el riesgo libremente asumido por el contratante. Dicha interpretación es acorde al propio espíritu del ordenamiento tal y como se desprende de un análisis detallado de varias normas al respecto. En primer lugar, en virtud del artículo 234.2 LSC, se establece que la sociedad sólo queda obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No podemos perder de vista que la responsabilidad por deudas del artículo 367 LSC, parte de la vinculación del administrador a la sociedad como representante¹²³⁸ (ex 234.1 LSC “*La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.*”), a la que añade la citada responsabilidad como garante por el negligente o culposo ejercicio de su cargo. La naturaleza contractual del órgano de representación de la sociedad nos conduce por su paralelismo a la figura del mandato, cuyo régimen de responsabilidad del mandatario se deduce de la interpretación del artículo 1725 del CC, donde se preceptúa que “*el mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes*”, de donde se desprende que el conocimiento del contratante de la situación o circunstancias que rodean a la concreta posición del mandatario descarta la responsabilidad de éste. Esta cuestión conecta con la responsabilidad del socio comanditario por la prohibición del artículo 148.4 del Código de Comercio (prohibición de hacer “*acto alguno de administración de los intereses de la Compañía, ni aún en calidad de apoderados de los socios gestores*”¹²³⁹). El fundamento de tal previsión descansa en la responsabilidad limitada de dicho socio comanditario, que puede contravenir la apariencia generada con los contratantes. Ante la falta de previsión de una sanción específica a tan severa previsión, se ha interpretado como una responsabilidad ilimitada del socio comanditario cuando contraviniendo el

¹²³⁴ Entre otras cosas, porque como se ha indicado más arriba, las pérdidas forman parte la información contenida en los estados financieros que han de ser depositadas en el Registro Mercantil.

¹²³⁵ RUIZ MUÑOZ, M. “Fundamento y naturaleza ... ob cit, p. 469 y ss, donde fundamenta la tesis de la buena fe sobre la base de la interpretación sistemática de la relación representativa del administrador ex 129 LSA y la regulación del mandato en base a la buena fe del mandatario (art. 148.4 CCo, 1725 CC, 1734 y 1738 CC).

¹²³⁶ RUIZ MUÑOZ, M. “Fundamento y naturaleza...” ob cit p. 555.

¹²³⁷ STS 1 de marzo y 20 de julio de 2001, 12 de febrero y 16 de octubre de 2003, 16 de febrero y 6 de abril de 2006, catorce de Mayo de 2009. Mas recientes las STS 173/2011, de 17 de marzo, 826/2011, de 23 de noviembre, 942/2011, de 29 de diciembre, 395/2012 de 18 de junio.

¹²³⁸ RUIZ MUÑOZ, M “Fundamento y naturaleza...” ob cit p. 545-548.

¹²³⁹ RUIZ MUÑOZ, M “Fundamento y naturaleza...” ob cit p. 546.

precepto, éste contrate con un tercero de buena fe, sobre la base de la apariencia jurídica generada por el exceso de atribuciones. Por tanto, dicha responsabilidad del socio comanditario se basa en el desconocimiento del contratante de buena fe, que queda así protegido de la responsabilidad limitada que protege al comanditario.

De todo lo expuesto sobre dichos artículos se desprende una responsabilidad sobre la apariencia creada frente al tercero de buena fe, por lo que en conexión con el régimen de responsabilidad por deudas parece razonable descartar la existencia de responsabilidad *ex art. 367 LSC* cuando las concretas circunstancias de la contratación son conocidas por el acreedor. Y esto sucederá aún cuando no se haya reducido la cifra de capital social en el sentido del artículo 363.1.e, pues las pérdidas han de figurar igualmente en el balance contable. En sintonía con tal interpretación, no es razonable exigir responsabilidad al administrador por las deudas contraídas por la sociedad en situación de crisis disolutoria del 367 LSC, cuando la situación económica es perfectamente conocida por el contratante, pues dicha reclamación, como tercero informado, sería contraria a la buena fe contractual¹²⁴⁰. En caso contrario el acreedor se beneficiaría injustamente, por no soportar un riesgo asumido libremente en la contratación que las partes han llevado a cabo, (lo que por otro lado tiende a incentivar el riesgo moral)¹²⁴¹.

¹²⁴⁰ En cualquier caso, desde la perspectiva de la buena fe como un principio general del Derecho parece contrario al Ordenamiento que un acreedor consciente de la situación de infracapitalización, que se beneficia en la negociación del precio del contrato, venga a reclamar al administrador por los riesgos de un contrato que el ha asumido conscientemente. En tal Sentido acudiendo a la buena fe contractual dice el Tribunal Supremo: *“La actora no actuó en buena fe, y, como señala el recurrente, el comportamiento en buena fe es presupuesto de la tutela del derecho que se ejercita, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 7.1 y 1258 del Código civil y 57 del CCom., entendiendo la buena fe como un comportamiento honrado, justo, leal y lógico (SSTS 11 de diciembre de 1989, 20 de octubre de 1991, 22 de febrero y 1 de marzo de 2001, 14 de mayo de 2002, 20 de junio y 4 de julio de 2006, 3 de enero de 2007, entre muchas otras). La actora, perfectamente consciente de la situación de infracapitalización en que se encontraba la sociedad deudora, concedió nuevos suministros, de los que derivó el crédito que ahora reclama, realizando una operación que hay que poner a su riesgo y ventura. Por otra parte, el incumplimiento del pacto establecido (Fundamento Jurídico Primero, sub 1.3), única base para establecer la responsabilidad individual por aplicación de los artículos 133 y 135 LSA, requiere que se demuestre la relación de causalidad entre la omisión del Administrador demandado y el daño, que en el caso consiste en la imposibilidad de cobro de la deuda, pero es claro que tal imposibilidad no deriva del incumplimiento del pacto de poner a la sociedad en liquidación, sino de la insolvencia de la sociedad, que no hubiera sido remediada por el cumplimiento del pacto.”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009).

¹²⁴¹ Algunos autores como HUERTA VIESCA/RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA; se muestran contrarios a dicha interpretación *“interpretación que a nuestro juicio, se aparta del dictado de la Ley para pretender adaptarse a la particular interpretación de cómo sería más acertada una futura nueva legislación en la materia, pero que sorprendentemente ha recibido acogida en las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 12 de febrero de 2003 (RJ 2003, 1007)(Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros) y de 16 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7390) (Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta) –con razón criticadas específicamente en la doctrina por E. BELTRAN SÁNCHEZ, Comentario al Régimen Legal ob. Cit. pg. 112-, tesis corregida en la posterior de 16 de diciembre de 2004 (RJ 2004, 8215) (Ponente: Excmo. Sr. D. Clemente Auger Liñan), pero vuelta a reiterar en la Sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009 (RJ 2009, 2411) (Ponente: Excmo. Sr. D. Vicente Luis Montés Penadés) y las sentencias que esta última refiere.”* En HUERTA VIESCA; RODRIGUEZ RUIZ DE VILLA. *Responsabilidades de los Administradores...* ob cit. p. 218-219. No obstante, si bien es cierto que la Sentencia citada por estos autores (STS 16 de diciembre de 2004) emite un fallo desestimando el recurso y condenando a los administradores, resulta oportuno aclarar que la citada sentencia no dice nada que sea contrario a la tesis del acreedor 3º de buena fe defendida por las otras Sentencias de la Sala 1ª, pues pese a ser cierto que reconoce la cualidad de responsabilidad *cuasiobjetiva* de la norma del art. 262.5 LSA, en ningún momento se entra de forma directa a abordar la cuestión del conocimiento del acreedor de la infracapitalización o desbalance de la sociedad, pues no se alegó en ningún momento por parte de la representación de los administradores el conocimiento del acreedor de dicha situación. Por ello, no creemos que la citada sentencia se oponga de forma expresa y directa a la tesis de la responsabilidad *ex art. 363* bajo el presupuesto del acreedor de buena fe.

c. Tendencia jurisprudencial: asunción de la doctrina del tercero de buena fe

Esta tesis parece bastante próxima a la que en un primer momento ha venido sosteniendo el Tribunal Supremo, -sin perjuicio del giro radical adoptado por la más reciente jurisprudencia¹²⁴²-. La STS de 16 de febrero de 2000, señalaba que *“el consentimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor al momento de contratar con la sociedad no les autoriza para dirigirse luego contra los administradores”*. En este sentido la STS de 12 de febrero de 2003 formula la necesidad de buena fe en base al artículo 7.1 del Código civil, donde decía *“si el precepto citado dispone de esa forma su responsabilidad, también hay que tener en cuenta el art. 7.1 del Título Preliminar del Código civil, que obliga al ejercicio de los derechos conforme a las exigencias de la buena fe. Por tanto, aunque el art. 105.5 L.S.R.P. [hoy art. 367 LSC] otorgue a los acreedores el poder de exigir solidariamente a los administradores con la sociedad las deudas sociales, ha de verse si en el ejercicio del mismo obran de buena fe.”* Dicho párrafo es reiterado en la STS de 16 de octubre de 2003, cuya idea es también apuntada en la STS de 27 de mayo de 2004, en la que se dice que *“el perjudicado no puede fundamentar la responsabilidad del Administrador en aquellas circunstancias que conocía o debía conocer al tiempo de contratar, y entre ellas las dificultades económicas existentes en el momento del pacto para saldar la deuda.”*

Toda esta doctrina de la necesidad de un ejercicio de buena fe, ha sido reiterada en las Sentencias 16 de febrero y 6 de abril de 2006, y 03 de enero de 2007 y recogida y consolidada en la STS de catorce de Mayo de 2009, que establece: *“cuando el tercero que contrata con la sociedad conocía la situación patrimonial de la sociedad no puede dirigirse posteriormente contra los administradores, pues el conocimiento de la situación por los socios o el conocimiento de la infracapitalización por el acreedor en el momento de contratar no les autoriza para dirigirse luego contra los administradores”*. La Sentencia 557/2010 de 27 de septiembre, acoge dicha tesis: *“...rebasaba los límites de la buena fe la demanda de responsabilidad de los administradores en un caso concreto en el que los terceros aceptaron contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad deudora”*. Y la Sentencia 173/2011, de 17 de marzo, en el mismo sentido: *“... la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción prevista antes en el artículo 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas y hoy en el 367 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de la buena fe, por tratarse de supuestos en los que las circunstancias concurrentes permiten concluir que el acreedor asume libre y voluntariamente el riesgo de conceder crédito a la sociedad después de haber sido oportuna y lealmente advertidos desde la propia sociedad deudora”* vinculando esa buena fe al *“conocimiento de la insolvencia”*.¹²⁴³

No obstante, lo que hasta aquí parecía una posición clara del Alto Tribunal, dicha posición es posteriormente matizada, en lo que es un intento delimitador del

¹²⁴² Giro representado por la STS 733/2013 de 4 de diciembre, que viene a revocar la tesis del acreedor de buena fe, partiendo de la Irrelevancia del conocimiento de la situación económica de la sociedad por parte de los acreedores demandantes exigiendo un plus de mala fe más allá del mero conocimiento informativo.

¹²⁴³ En el mismo sentido la STS 942/2011 de 29 de diciembre: *“Ciertamente la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción prevista, antes, en el artículo 105.5 de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada y, hoy, en el 367 de la Ley de Sociedades de Capital, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella (en este sentido, sentencia 173/2011, de 17 de marzo y las en ella citadas”*.

ámbito conocimiento del acreedor de buena fe, precisando que el mero conocimiento de la situación delicada de la sociedad deudora no es suficiente para considerar la ausencia de buena. En tal sentido en la Sentencia de la Sala Primera 225/2012 de 13 de abril el Tribunal Supremo parece tener la intención de dar un cierto giro a la posición de la doctrina hasta ahora mantenida del tercero de buena fe¹²⁴⁴. En el caso en concreto, el juez de la instancia desestimaba la demanda en base a que la parte actora era conocedora de la situación de insolvencia de la sociedad. Por su parte el Tribunal Supremo revoca dicha posición, y en el fundamento de derecho tercero el Alto Tribunal dice: *“Ahora bien, para entender concurrente esa mala fe no es suficiente con que el acreedor tenga conocimiento de que la sociedad se halla en situación delicada, ya que el principio de seguridad, especialmente exigible en el tráfico mercantil dada su repercusión, permite confiar en que el administrador cumplirá los deberes preconcursales que el sistema le impone o, cuando menos, los que exige la norma concursal. Por lo que, además, es preciso que las excepcionales circunstancias concurrentes en el caso permitan excluir la aplicación de la norma que impone el deber de responder sin asociar la responsabilidad a engaño o error inducido.”* En ello parece vislumbrarse un cambio del rumbo hasta aquí seguido, en una argumentación confusa, que no aclara muy bien los extremos a los que atenerse en la interpretación de la misma¹²⁴⁵. Si bien puede vislumbrarse cierta intención de cambio de signo, creo que aún es pronto para saber si se trata de una dirección consolidada, que no pasa por ser tan sólo una decisión aislada, esencialmente por la imprecisión técnica de la sentencia.

La doctrina seguida es confusa, y difícil de advertir cuál es el alcance querido, pues no sabemos si en realidad se pretende o no identificar *“situación delicada”* con *insolvencia*. El resultado de dicha identidad conceptual llevaría a la tesis de que el conocimiento de la situación de insolvencia en el momento de contratar no transforma al acreedor en tercero informado -es decir, 3º de mala fe-. En tal sentido, no puedo estar de acuerdo con los motivos argüidos por el Alto Tribunal para estimar la responsabilidad del administrador, en base a dos consideraciones. En primer lugar, en el momento clave en que el Tribunal tiene que fijar el criterio de qué se considera tercero de buena fe, se hace referencia al concepto *“situación delicada”* carente de todo rigor técnico¹²⁴⁶. No obstante, pese a que utilice la desafortunada expresión citada, parece que la intención es, en efecto, una cierta identificación conceptual de *“situación delicada”* con insolvencia, y en tal sentido lo que parece querer decir el Tribunal -pero que no dice- es que, pese a que la parte actora era conocedora de la situación de insolvencia, eso no le transforma en tercero de mala fe a efectos de la responsabilidad del administrador -sólo que lo hace de una forma sutil al emplear la expresión *“situación delicada”* en vez de insolvencia-. No obstante, si nos detenemos en ello podemos advertir que insolvencia como concepto jurídico (art. 2 LC) implica que se contrata con

¹²⁴⁴ El Tribunal declara que *“no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión se deduce en términos que rebasen los límites de la buena fe”*. Pero el Tribunal no profundiza en ello, por lo que dicha afirmación pasa de ser una simple generalidad del principio de buena fe que parece, no acercarse mucho a la anterior doctrina del tercero de buena fe como tercero desinformado

¹²⁴⁶ En el mismo sentido la Sentencia 1018/2009, de 21 de marzo indicaba que *“para entender concurrente la mala fe no es suficiente que el acreedor tenga conocimiento de que la sociedad se halla en situación delicada”*. Evidentemente el conocimiento de una delicada situación no es suficiente para transformar al tercero de buena fe en conocedor de la situación de desbalance o de insolvencia. Ello nos hace sospechar que dicha imprecisión técnica no es sino un medio de eludir los problemas argumentativos de la posición adoptada. *“Situación delicada”* no es un concepto jurídico ni técnico, ni mucho menos un presupuesto de la responsabilidad ex 367 LSC y por tanto su conocimiento (el de la delicadeza) no tiene porque generar efectos jurídicos al respecto -y en tal sentido podríamos compartir el resultado dicha afirmación puesto que para que opere la buena fe del tercero, éste tiene que ser desconocedor de que concurre la causa legal de disolución o insolvencia-.

la seguridad de que no se podrá cumplir con todas las obligaciones concurrentes, al menos de forma legal al amparo de la legislación concursal. Por ello a través de dicho argumento se premia al acreedor conocedor de que en el negocio jurídico que está celebrando se están contraviniendo las reglas de la liquidación ordenada del patrimonio social, de la *lex concursus*, lo que se nos antoja lejano al principio de buena fe.

En segundo lugar, hay que hacer referencia a que según el Tribunal, el principio de seguridad permite confiar en que el administrador cumplirá con sus deberes preconcursales o cuanto menos concursales. Entendemos que en el presente caso se parte de una errónea identificación del concepto de *insolvencia* con el concepto de *causa disolutoria*. Ya se ha hecho más arriba referencia que para que opere la responsabilidad *ex art. 367 LSC* es imprescindible la existencia de una causa legal de disolución, no bastando con la mera existencia de insolvencia, sino que se requiere la concurrencia de causa disolutoria¹²⁴⁷ (como por ejemplo, pérdidas cualificadas). En tal sentido en ningún momento de la sentencia se hace referencia a tal extremo, considerándose la insolvencia por si sola como presupuesto suficiente de responsabilidad del art. 367 LSC.

Más reciente es la Sentencia 395/2012 de 18 junio, que dice: “*Ante todo, conviene indicar que la buena fe es exigible en el ejercicio de la acción de responsabilidad por deudas, por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de aquella*”. No obstante parece seguir idéntico camino conceptual cuando indica que no puede considerarse mala fe un “*conocimiento de la precaria situación de la sociedad*”, aunque en este caso la responsabilidad del administrador fue desestimada por ausencia de buena fe ya que “*el demandante era titular de más del 40% de las acciones y ostentaba los cargos de Presidente o Vicepresidente del Consejo de Administración en las fechas en las que la sociedad contrajo las obligaciones afianzadas por él, por lo que deviene evidentemente abusiva.*” Resulta extraño que el argumento que esgrime el Tribunal sea el del carácter abusivo de la reclamación, cuando parece que hubiera sido más riguroso entender la falta de buena fe a consecuencia de un profundo conocimiento de la situación de pérdidas de la sociedad como consecuencia de la posición del demandante.

Esta ambigua posición hasta aquí adoptada por el Tribunal Supremo, no contribuye a poder establecer líneas claras de los requisitos exigidos para afirmar cuál debe ser el alcance del conocimiento de la situación de crisis de la sociedad por parte del acreedor. No obstante, esta ambigüedad desaparece en la Sentencia de 733/2013 de 4 de diciembre, que por su contundencia, no sólo clarifica, sino que además supone un giro radical respecto a la posición inicial del Tribunal Supremo¹²⁴⁸. Esta posición de la Sentencia 733/2013 fue controvertida al desatar el voto particular de uno de los magistrados (que entendió que dicha nueva posición era contraria a la consolidada jurisprudencia que se venía manteniendo hasta entonces en el tratamiento del acreedor de buena fe). La Sentencia supone un giro radical porque parte de la irrelevancia del conocimiento de la situación económica de la sociedad por parte de los acreedores afirmando que no puede entenderse que “*el ejercicio de la acción por parte de un*

¹²⁴⁷ BELTRAN, E. “La responsabilidad...” ob cit p.245-246, para que los administradores responden por no instar la disolución judicial o el concurso, debe subsistir la causa legal de disolución.

¹²⁴⁸ Sobre todo acerca del carácter informativo que subyacía del ejercicio de buena fe de la acción de responsabilidad por deudas, como por ejemplo las STS 776/2001 de 20 de julio, STS 100/2003 de 12 de febrero, o la STS 298/2009 de 14 de mayo.

acreedor constituye un acto contrario a las exigencias de la buena fe, debemos recordar que el mero conocimiento de la situación de crisis económica o de insolvencia de la sociedad por parte del acreedor al tiempo de generarse su crédito no le priva de legitimación para ejercitar la acción de responsabilidad prevista en el art. 262.5 TRLSA. Es decir, ya no se utiliza la terminología ambigua de “situación delicada” o “precaria situación”, sino que se hace referencia a una identificación de crisis económica como “insolvencia”, lo que entendemos constituye un paso más allá. La citada sentencia, sin negar que el ejercicio debe hacerse de buena fe, requiere de la concurrencia de otras circunstancias determinantes de mala fe, para la aplicación del artículo 7.1 del CC, no bastando con el mero conocimiento de la insolvencia al momento de contratar. Mientras la tesis originaria del Tribunal Supremo se basaba en tercero de mala fe como creador informado (o negligentemente desinformado) partiendo de una finalidad informativa¹²⁴⁹, sobre la base del reparto contractual del riesgo¹²⁵⁰, esta nueva posición destierra dicho concepto entendiendo que la cuestión cognoscitiva por si sola no es generadora de mala fe, desplazando el criterio informativo de la tesis originaria. Esta novedosa posición de la Sentencia comentada no es unánime entre los miembros del Tribunal, que como se refleja en el voto particular¹²⁵¹, basándose en el conocimiento de la situación de crisis por parte de los actores al momento de contratar, indica: “creo que deberíamos haber aplicado la doctrina según la cual se exime de responsabilidad a los administradores demandados por las deudas sociales, cuando el acreedor, asume y conoce o debía conocer la situación de crisis de la entidad deudora al momento de contratar, pues, en tales circunstancias, declarar la responsabilidad de aquéllos en base al art. 262.5 LSA supone una interpretación ajena y contraria al principio de la buena fe exigido para el ejercicio de los derechos en general por el art. 7 Cc, pues no “se actuaría entonces de la manera razonable, honesta y adecuada a las circunstancias, de acuerdo con el art. 7.1 Cc”. Con este voto particular sospechamos que la cuestión no quedará pacífica, obligándonos a estar atentos a futuros cambios de tesis por parte del Alto Tribunal.

d. Propuesta interpretativa: el deber de disolución como deber de información contractual

El Tribunal Supremo exige reiteradamente en innumerables Sentencias que la acción de responsabilidad por deudas se ejercite sin “rebasar los límites de la buena

¹²⁴⁹ En tal sentido indica la STS 298/2009 hace una clara interpretación del precepto: “tiene su “ratio” en que la conducta omisiva de los **administradores** ha inducido a error a un determinado tercero contratante, haciéndole creer que la sociedad se encuentra en una situación normal desde los puntos de vista económico y financiero.”

¹²⁵⁰ Como indica la STS 776/2001 de 20 de julio: “éstas aceptan contratar con la sociedad siendo plenamente conscientes del riesgo que corrían sus créditos por haber sido oportuna y lealmente advertidas desde la propia sociedad compradora del material suministrado, declarar la responsabilidad de los **administradores** de esta última con base en el art. 262.5 LSA supondría una interpretación de tal precepto no solamente ajena sino incluso totalmente contraria al principio de la buena fe exigido para el ejercicio de los derechos en general por el art. 7 CC”

¹²⁵¹ Voto particular emitido por el magistrado Sebastián Sastre Papiol, según el cual el conocimiento de la insolvencia es relevante en la apreciación de la concurrencia de buena fe, pues según las circunstancias del caso abordado, indica el magistrado: “de lo que puede deducirse sin dificultad que los empresarios accionantes conocían o debieron conocer la situación de crisis de la sociedad destinataria de los fondos, la U.D. Las Palmas, pues, lo contrario, la más elemental prudencia les hubiera llevado a informarse de la situación contable-financiera de la entidad deportiva y de abstenerse de contratar”.

fe”¹²⁵², cuestión distinta será consensuar cuales son los elementos que conforman al acreedor de mala fe¹²⁵³. Y en tal sentido no parece de buena fe ejercitar acción de responsabilidad por deudas cuando el acreedor era conocedor de la situación de pérdidas cualificadas del deudor, y aun así le resultó eficiente a sumir el riesgo de la contratación¹²⁵⁴, beneficiándose de la correspondiente prima de riesgo¹²⁵⁵. Por ello, entendemos que la información del acreedor resulta relevante, pues en tales casos el acreedor está contratando a sabiendas de los riesgos que asume¹²⁵⁶, y por tanto no cabrá responsabilidad del administrador que ha informado debidamente de los riesgos del negocio¹²⁵⁷. Sólo cuando el acreedor desconozca la situación patrimonial (3º de buena fe), responderá el administrador (todo ello, claro está, sin perjuicio de la responsabilidad por no solicitar el concurso ex 172.bis de la LC). Así entiendo que, lo que es un deber de disolución, se proyecta en la práctica, como un aparente deber informativo revestido de deber de promover la disolución de la sociedad por pérdidas. En definitiva se trata de un deber de disolver si no se ha informado debidamente, ya que sino hay responsabilidad por no disolver cuando se informa al acreedor, no parece descabellado decir que estamos ante una manifestación del deber de general de información, como manifestación de la buena fe contractual¹²⁵⁸.

Si tenemos en cuenta que la principal causa disolutoria que opera en la responsabilidad del administrador es la de las pérdidas cualificadas del artículo 363.1.e LSC, no podemos perder de vista la diferencia que hay entre pérdidas e insolvencia¹²⁵⁹, diferencia exigua en determinados casos, pero que en otros puede ser abismal¹²⁶⁰. La cuestión esencial descansa en el mismo argumento informativo de responsabilidad en el caso de infracapitalización, pues el supuesto 363.1.e LSC no es más que un caso de infracapitalización sobrevenida como consecuencia de unas pérdidas cualificadas. Como se decía al respecto de la infracapitalización, no parece razonable exigir responsabilidad por incumplimiento de una obligación en base a una determinada estructura de capital -en este caso promover la disolución- Primero porque no hay un concreto índice o nivel de capitalización adecuada de la sociedad que garantice la satisfacción de las deudas¹²⁶¹, y segundo porque dicha circunstancia de pérdidas ha sido conocida y negociada con la correspondiente repercusión en las condiciones

¹²⁵² La Sentencia 173/2011, de 17 de marzo, dice: “...por lo que no cabe exigir responsabilidad a los administradores cuando la pretensión rebasa los límites de la buena fe”. También las comentadas Sentencia 395/2012 de 18 junio, 225/2012 de 13 de abril.

¹²⁵³ Siguiendo a RUIZ MUÑOZ “Administradores y deudas...” ob cit p. 13, (tb, “Fundamentos...” ob cit p.483) tendemos a considerar acreedores de mala fe a aquellos acreedores que ejercitan la acción de responsabilidad, habiendo sido informados de la situación de pérdidas en el momento de la contratación y por tanto, que contrataron a sabiendas del riesgo que asumían.

¹²⁵⁴ ARRUÑADA. *Empresa, Mercado...* ob cit. p.442, y 452 y ss..

¹²⁵⁵ POSNER ob cit p.632; Respecto de la negociación en empresas infracapitalizadas PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p.260 y ss.; BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos...* ob cit. p. 43.

¹²⁵⁶ el administrador en tales casos no debe responder pues los acreedores contratan a sabiendas del riesgo que asumen y estarían actuando de mala fe. RUIZ MUÑOZ “Administradores y deudas...” ob cit p.14.

¹²⁵⁷ Como indica RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 546, la finalidad del precepto es evitar inducir a error a los terceros,

¹²⁵⁸ Buena fe bidireccional, que al amparo del art 1257 CC, debe alcanzar a ambos contratantes, tanto al acreedor como al deudor. Vid. EIZAGUIRRE *Derecho Mercantil...* ob cit 213 y 228; GIRON TENA *Derecho de Sociedades...* ob cit p.551 y ss.; RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 250

¹²⁵⁹ Así mismo lo reconoce la jurisprudencia en la reciente STS 590/2013 de 15 de octubre, donde indica que aunque es frecuente que se solapen, no hay que confundir ambos conceptos. Diferencia de la que no siempre se ha hecho eco el Alto Tribunal, que en materia de disolución por pérdidas ha venido manteniendo una terminología confusa.

¹²⁶⁰ Pues infracapitalización no significa ni insolvencia ni naufragio empresarial. Vid. GUASCH MARTORELL “La doctrina...” ob cit p.1498. También sobre la distinción entre pérdidas graves e insolvencia vid. MORALES BARCELO, J, *La responsabilidad...* ob cit p. 333 y ss.

¹²⁶¹ VAQUERIZO, Alberto. “Artículo 1...” ob cit p.188, ALONSO LEDESMA “Algunas reflexiones...” ob cit p.135.

contractuales, por lo que, por razones de reparto contractual del riesgo¹²⁶², no existe motivo razonable para que no operen las reglas generales de la responsabilidad limitada, y la distribución del riesgo que de ella emana, con lo que cada parte soporte el riesgo asumido. Sólo que, a diferencia de la mera infracapitalización, aquí -pérdidas cualificadas- si existe un deber espontáneo y activo del administrador de informar *ex lege* que se deduce del régimen de los artículos 363 y 367 LSC.

Es cierto que esta perspectiva tiende a una aproximación entre la responsabilidad por deudas y la responsabilidad general por infracción de los deberes fiduciarios. No obstante, dada la complejidad de esta norma, no termina de haber un criterio convincente que explique la ubicación de esta controvertida norma en nuestro ordenamiento jurídico, ni una posición unánime en la doctrina que venga a explicar la naturaleza de la responsabilidad por deudas¹²⁶³. La mayoría de la doctrina entiende que estamos ante una responsabilidad de naturaleza sancionadora¹²⁶⁴, frente a otros autores minoritarios que defienden el carácter de responsabilidad por daños¹²⁶⁵. La posición que ha tomado la jurisprudencia ha sido cambiante. Con bastante frecuencia ha reconocido el carácter objetivo o cuasiobjetivo¹²⁶⁶ de la responsabilidad por deudas, posición criticada por la mayoría de la doctrina¹²⁶⁷, y que entre otras cuestiones, la ausencia de culpa de la responsabilidad objetiva no resulta coherente con una responsabilidad sancionadora¹²⁶⁸. No obstante, aunque resulte contradictorio, tampoco han sido pocas las sentencias que han reconocido una responsabilidad de naturaleza sancionadora¹²⁶⁹. Pero esta tendencia sancionadora ha sido revocada en algunas recientes sentencias, tales como la STS 225/2012 13/04 donde el Alto Tribunal negando expresamente el carácter de sanción o pena civil, se inclina por la consideración de una responsabilidad por deuda ajena¹²⁷⁰. La más reciente sentencia 590/2013 de 15 de octubre, niega igualmente

¹²⁶² RUIZ MUÑOZ, “Administradores y deudas...” ob cit p. 13, cada parte debe por la solvencia de su crédito.

¹²⁶³ VINCENT CHULIA “La responsabilidad...” ob cit p. 43 y ss.

¹²⁶⁴ QUIJANO, J. “Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad: Art. 262.5 TRLSA (SAP Burgos 24 julio 1995)”. En *Revista de derecho de sociedades*, nº 5, 1995, p.274-278 BELTRÁN SANCHEZ “La responsabilidad...” ob cit p. 256, MACHAZO PLAZAS, J. *Pérdida de capital social...* ob cit p.351 y ss.

¹²⁶⁵ CERDA ALBERO *Administradores, insolvencia...* ob cit p. 123 y ss.; MARIN DE LA BARCENA “Los deberes...” ob cit p. 103. Otro autor, RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 545, que entiende que la doctrina de la representación (1259 y 1725 CC) es la alternativa explicativa a responsabilidad directa del administrador por las deudas sociales.

¹²⁶⁶ En este sentido la STS de 14 de mayo de 2009 establece: “*Aún cuando un amplio número de sentencias de esta Sala han perfilado la responsabilidad ex artículo 262.5 LSA [hoy art. 367 LSC] como un supuesto de responsabilidad objetiva o "cuasi objetiva" (SSTS 20 de diciembre de 2000, 20 de julio de 2001, 25 de abril y 14 de noviembre de 2002), otro grupo numeroso de sentencias han precisado que requiere la aplicación de las técnicas y de las reglas de responsabilidad civil, evaluando los problemas de imputación objetiva, entre los cuales se encuentra el conocimiento por los reclamantes de la situación de la sociedad en el momento de generación del crédito (SSTS 28 de abril de 2006, RC 3287/1999; y 28 de abril de 2006, RC 4187/2000, 14 de marzo de 2007, etc.)*”. vid. MORALES BARCELO, *La responsabilidad...* ob cit p. 369 nota 490 y 491 repertorio de sentencias donde se reconoce el carácter objetivo.

¹²⁶⁷ BELTRÁN SANCHEZ “La responsabilidad...” ob cit p. 247; QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 40. Vid. VIÑUELAS SANZ *Responsabilidad...* ob cit p. 55 nota 52; y MORALES BARCELO, *La responsabilidad...* ob cit p. 375 nota 496 donde explica la opinión mayoritaria de que no se trata de una responsabilidad sin culpa, sino más bien que esa culpa se presume.

¹²⁶⁸ Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el principio de responsabilidad personal o subjetiva, que es básica en el Derecho penal, también rige en el Derecho Administrativo sancionador (STC 219/1988 y 76/1990).

¹²⁶⁹ Baste citar como ejemplos la STS de 03 de abril de 1998, STS 20 de julio e 2001, STS 25 de abril de 2002, STS 23 de febrero de 2004, STS 9 de marzo de 2006, entre otras muchas. No obstante, alguna otra sentencia parece adoptar un criterio distinto, como p.e. la STS 14 de mayo de 2009. MORALES BARCELO, J. *Responsabilidad...* ob cit p. 362 nota 481.

¹²⁷⁰ Dice el tribunal “*En definitiva, la responsabilidad de los administradores por obligaciones sociales, [...] constituye una responsabilidad por deuda ajena "ex lege" que no tiene naturaleza de "sanción" o "pena civil"*”. Tb Sentencias 923/2011, de 26 de noviembre, 458/2010, de 30 de junio y 680/2010, de 10 de noviembre.

el carácter sancionador¹²⁷¹, identificándola como una acción de responsabilidad civil, que de la sancionadora, no se extingue con la muerte, sino que pasa a formar parte del caudal hereditario.

Contrariamente a esta posición, la doctrina mayoritaria¹²⁷² se posiciona en una responsabilidad sanción negando la naturaleza de responsabilidad por daños¹²⁷³. Entre los argumentos esgrimidos¹²⁷⁴ en contra de la responsabilidad por daños, se ha argumentado que tal interpretación supondría una reiteración del régimen general de responsabilidad establecido¹²⁷⁵, y que su configuración no se corresponde con el esquema propio de la responsabilidad por daño al no mediar relación de causalidad¹²⁷⁶ ni existir daño como tal, sino simplemente la existencia de una deuda impagada posterior a la causa de disolución, que el administrador debe satisfacer¹²⁷⁷. No obstante, entiendo que dichos argumentos no resultan suficientes para abogar por una responsabilidad de carácter sancionador, esencialmente porque la sanción civil como categoría que supone un híbrido intento de protección de intereses particulares y generales, donde la función punitiva que es inherente a toda sanción, si bien adquiere sentido en algunos sistemas como el anglosajón –p.e. *punitive damage*–, resultan totalmente extraños a nuestro sistema, por suponer un conflicto con el principio de responsabilidad patrimonial universal, que en el ámbito de la tutela de los intereses particulares carece de toda función punitiva o castigadora¹²⁷⁸.

Si entendemos que la infracapitalización y el desbalance cualificado son situaciones distintas de la insolvencia¹²⁷⁹ y del naufragio empresarial, puede parecer lógico una responsabilidad desincentivadora sobre la base del principio de adecuación de la cifra de capital, (con las limitadas garantías que del *legal capital system*¹²⁸⁰), pero supondría desproporcionado que sobre esa misma base existiera un interés general en establecer un carácter punitivo¹²⁸¹. Sobre todo cuando se trata de una responsabilidad

¹²⁷¹ Haciendo referencia a la doctrina de la STC 164/1995 de 13 de noviembre, relativa a la interpretación restrictiva de la sanción y del *ius punnendi* del Estado.

¹²⁷² Manifestación de esta doctrina mayoritaria se advierte en la redacción de la responsabilidad por deudas de la Propuesta del Código Mercantil elaborada por la sección de derecho mercantil de la Comisión General de Codificación, constituida por Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006, que ha mantenido los elementos esenciales de esta responsabilidad por deudas, pero estableciendo determinados elementos que tienden a diferenciarla respecto de la responsabilidad general, por ejemplo estableciendo un plazo de prescripción específico de dos años para la responsabilidad por deudas (art. 272.12.4) frente a los cuatro años de la responsabilidad orgánica (art. 215.20).

¹²⁷³ Vid. por todos VIÑUELAS SANZ Responsabilidad... ob cit p. 53 y ss.

¹²⁷⁴ Por todos vid. la exposición de RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 485, en la nota 47.

¹²⁷⁵ Se ha señalado la dificultad de considerar la responsabilidad del 367 LSC como responsabilidad por daño, en base a que la existencia de la responsabilidad del 236 LSC hace inoperativa la del 367 LSC. Vid. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. “La responsabilidad por las deudas sociales”. En ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José, Ángel; BELTRÁN, Emilio (dirs.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 213 y ss También QUIJANO GONZÁLEZ, “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 40 y ss.

¹²⁷⁶ VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad por obligaciones...* ob cit p. 53.

¹²⁷⁷ QUIJANO “Responsabilidad societaria...” ob cit p. 31 ubica más en un contexto sancionador (de forma similar a la responsabilidad concursal) dado que su objetivo es más satisfacer deuda más que indemnizar daños.

¹²⁷⁸ RUIZ MUÑOZ “Fundamentos...” ob cit p. 488-489.

¹²⁷⁹ STS 590/2013 de 15 de octubre. SAP Córdoba de 09 de enero de 2007; SAP de Madrid 18 de noviembre de 2008. vid. SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2...” ob cit p. 67

¹²⁸⁰ ULMER, Peter. *Principios...* ob cit p. 81 y p. 92; ROJO/BELTRÁN, “Artículo 4 Capital social mínimo”. en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p.205. ALONSO LEDESMA “Algunas reflexiones...” ob cit p. 134 y ss. OTXOA-ERRARTE, *La Responsabilidad...* ob cit p. 92.

¹²⁸¹ La STC 164/1995 de 13 de noviembre, mantiene una interpretación restrictiva del *ius punendi* del Estado.

transmisible¹²⁸² y susceptible de repetir, y a la vez generadora de un derecho subjetivo para el acreedor, como ha declarado la propia jurisprudencia¹²⁸³. Además de compartir el mismo plazo de prescripción cuatrienal¹²⁸⁴ del art. 949 CCo, lo que determina cierta en la naturaleza de la acción¹²⁸⁵. Por lo que, en mi opinión, en la responsabilidad por deudas estamos en un ámbito de tutela de intereses privados que es extraño a la función punitiva, por lo que la responsabilidad sanción no se nos antoja que tenga una ubicación clara en nuestro sistema iusprivatista¹²⁸⁶. Y sobre esta base, quizá ello implique que la responsabilidad por daños sea lo más coherente en nuestro ordenamiento jurídico. En tal sentido entendemos que no resultan del todo convincentes los argumentos que se refieren a la configuración de la responsabilidad por deudas, como una responsabilidad carente de relación de causalidad, y de daño. No compartimos dicha posición pues resulte innegable que la deuda impagada es un daño para el acreedor, y que dicho impago trae su causa en diversos factores: falta de solvencia de la sociedad, continuación de la actividad por pérdidas, falta de información de las pérdidas en el momento de la contratación. Con lo que si existe una relación de causalidad y un daño, una apariencia de causalidad de que las pérdidas se deben al incumplimiento del mandato establecido en la norma¹²⁸⁷, que es una causalidad con carácter presunto, en lo que es una inversión de la carga de la prueba¹²⁸⁸.

Por ello, parece que la responsabilidad por daño tiene una ubicación más coherente en nuestro sistema, donde infracapitalización no significa insolvencia y las partes tienen plena disposición de tutelar sus derechos y de asumir conscientemente los riesgos de la contratación. Por lo que desde esta perspectiva, resultaría relevante el alcance de las causas de exoneración de los administradores del art. 237 LSC. En el régimen general de responsabilidad, las causas de exoneración se pueden dividir en tres supuestos: (i) no intervención, (ii) oponerse expresamente, y (iii) hacer lo conveniente para evitar el daño¹²⁸⁹. Desde algún sector se ha negado que las causas generales de exoneración del artículo 237 LSC puedan operar de forma general en los casos de responsabilidad por deudas¹²⁹⁰. No obstante si se admite la exclusión de responsabilidad por falta de autoría, cuando el administrador pruebe que la falta de convocatoria para la disolución no le es imputable¹²⁹¹, es decir, porque no pudieron intervenir en la decisión, porque intentaron disolver o convocar la junta, o votaron a favor de la disolución, etc...¹²⁹². Se está aludiendo por tanto a los casos de (i) no intervención, y (ii) oponerse

¹²⁸² Deudas que pasan a formar parte del caudal hereditario del administrador, como se deduce de la STS 590/2013 de 15 de octubre.

¹²⁸³ La STS 225/2012 de 13 de abril indica que la responsabilidad por deudas no tiene naturaleza de sanción ya que *“por un lado, que no sólo provoca un efecto negativo para el administrador sino, también, un correlativo derecho para los acreedores y, por otro, que la norma no impide al administrador subrogarse en la posición del acreedor y repetir contra la sociedad con éxito, en el caso de que la sociedad, pese a estar incurso en causa de disolución, tenga bienes suficientes para atender su crédito”*.

¹²⁸⁴ STS de 16 de febrero de 2006.

¹²⁸⁵ No obstante, la Propuesta del Código Mercantil (Orden Ministerial de 7 de noviembre de 2006), consciente de ello, ha optado en su borrador por el establecimiento de un plazo de prescripción específico de dos años para la responsabilidad por deudas (art. 272.12.4) frente a los cuatro años de la responsabilidad orgánica (art. 215.20), lo supone cuanto menos una intención diferenciadora, que en el ordenamiento jurídico actual no tiene.

¹²⁸⁶ CAPILLA RONCERO. *La responsabilidad patrimonial universal y el fortalecimiento de la protección del crédito*. Cádiz, 1989, p.101 y ss.

¹²⁸⁷ MARIN DE LA BARCENA “Deberes...” ob cit p. 103

¹²⁸⁸ CERDÁ ALBERO “Responsabilidad...” ob cit p.15.

¹²⁸⁹ QUIJANO “Capítulo V...” ob cit...p.

¹²⁹⁰ VIÑUELAS SANZ *Responsabilidad por obligaciones...* ob cit p.

¹²⁹¹ BELTRAN “La responsabilidad por las deudas...” ob cit p. 151-152, VIÑUELAS SANZ *Responsabilidad por obligaciones...* ob cit p. 65.

¹²⁹² BELTRAN “La responsabilidad por las deudas...” ob cit p. 151-152 *“prueben que no les es imputable dicho incumplimiento” e “hicieran todo lo conveniente para evitar el incumplimiento de los deberes impuestos por el*

expresamente. No obstante, en un entorno en el que la buena o mala fe de quien ejerce la acción –esto es el conocimiento o nivel suficiente de información del acreedor sobre la situación de pérdidas- es relevante a efectos de la responsabilidad por deudas, habría plantearse la posibilidad de exoneración de aquel que hizo todo lo posible para evitar el daño¹²⁹³, como por ejemplo poniendo en conocimiento del deudor las circunstancias económicas de la sociedad con que contrata. Pues no parece razonable que puedan operar unos supuestos de exoneración y otros no.

Por todo ello, estamos ante una manifestación de una responsabilidad por daño, de un precepto que no genera una nueva responsabilidad, sino que lo que hace es imponer un auténtico deber *ex lege* de disolución o de información, que sin el citado precepto no hubiera tenido lugar. Al amparo del régimen de los artículos 363 y ss, el administrador tiene un deber activo y espontáneo de informar de la situación patrimonial de la sociedad, cuando el patrimonio social quede reducido el patrimonio neto a la mitad del capital social, como consecuencia de pérdidas de la actividad. Dicho deber activo no surge en otras situaciones de infracapitalización (salvo el caso de auténtica insolvencia), donde el acreedor tendrá una mayor intensidad en la carga de autoinformarse, pues a cada parte le corresponde velar por sus propios intereses, no correspondiendo al administrador guiar los intereses de los acreedores, y sin perjuicio de los deberes de información que emanan de las reglas de la buena fe contractual (no suministrar informaciones falsas u ocultar informaciones relevantes).

5. Conclusión: Recapitulación de los deberes informativos

Los deberes informativos son esenciales en la contratación, para la correcta o eficiente asignación del riesgo entre la partes, y como manifestación de la buena fe contractual, la seguridad jurídica y la protección de la confianza en el tráfico. Dichos deberes del administrador emanan de su posición de órgano de la sociedad como parte del contrato, pero la imputación de responsabilidad no se traslada de forma automática, sino que depende de diferentes criterios de imputación en función de la concreta conducta seguida (dolo, generación de confianza, etc...).

Cuando no viene expresamente recogido en una ley, el deber informativo emana de la buena fe¹²⁹⁴, pero corresponde a cada parte velar por sus propios intereses (*caveat creditor*). En los casos de crisis, podemos entender que cuando existe una situación de insolvencia actual o causa de disolución por pérdidas del artículo 363.1.e. LSC existe un deber activo de informar. Esto determina una mayor intensidad informativa del

artículo 262 para propiciar la disolución y, en particular, quienes se opusieran expresamente al acuerdo del órgano de no convocar Junta para la disolución o de no solicitar la disolución judicial” ob cit p. 152.

¹²⁹³ En este mismo sentido la SAP León Sentencia núm. 217/2011 de 1 junio “Ahora bien, a partir de aquí entiende la jurisprudencia han de aplicarse las técnicas propias del sistema general de responsabilidad civil, con la consiguiente posibilidad de reconocer causas de exoneración de dicha responsabilidad para el administrador desde la óptica de la imputabilidad, entre las cuales se cita el comportamiento fraudulento o de mala fe del acreedor que acciona, o considera que se rebasan los límites de la buena fe que a este es exigible (STS 27-9-10, 14-5-09)”. También la Sentencia del TS 22 de diciembre de 1999 reconoce la posibilidad de aplicar las causas de exoneración a la responsabilidad por deudas.

¹²⁹⁴ Díez-PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit p.64; GÓMEZ CALLE. *Los deberes...* ob cit p. 86-87.

administrador, pues existe un deber activo o espontáneo de informar de la situación de crisis, que en otros casos se limita a las reglas que emanan de la buena fe contractual.

Respecto de la crisis disolutoria, se puede considerar que el deber de información viene determinado *ex lege*, tal y como se deduce de la interpretación jurisprudencial del régimen de la responsabilidad por no disolución (367 LSC), orientada a que sólo ha de responder el administrador frente al tercero de buena fe, es decir, salvo que no haya informado adecuadamente de la situación de desbalance, y de ahí que la consecuencia sea la existencia de un auténtico y concreto deber de información.

Por lo que respecta a la insolvencia, el deber expreso de información del administrador se ha de deducir del criterio de la cognoscibilidad, en función del deber de negociar de buena fe, pues no es lícito contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir la obligación. En la determinación de la ilicitud del comportamiento del administrador es importante la distinción entre situaciones de contratación en dificultades económicas y situaciones de crisis irreversible¹²⁹⁵. No obstante, la determinación de la crisis irreversible sólo es detectable *ex post*, pues lo demás podría lesionar la regla del juicio empresarial que debe proteger la discrecionalidad empresarial de las decisiones del administrador. Por lo que el criterio de la insolvencia *de fondo* sirve de criterio objetivo de imputación de responsabilidad en los casos de no información. En este sentido, salvo el caso que exista insolvencia, no existe deber de informar a iniciativa propia, pues la carga de autoinformarse entra dentro del ámbito negociador de cada una de las partes, pues no entra dentro de la diligencia del administrador guiar los intereses negociadores de la otra parte, sino velar por el interés de la sociedad y procurar los contratos que le saquen de tal situación. Ello no implica que no existan determinados deberes informativos que se orientan a responder a los requerimientos informativos de la otra parte, a suministrar información verdadera, a no ocultar información o contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir.

Si a cada parte le corresponde velar por sus propios intereses, no correspondiendo al administrador guiar los intereses de los acreedores -y sin perjuicio de los deberes de información que emanan de las reglas de la buena fe contractual- difícilmente se puede afirmar que existan deberes del administrador en favor de otros grupos de interés, como manifestación el interés social como fin de la actividad gestora en situaciones de proximidad a la insolvencia. El deber activo de informar a iniciativa del administrador en situaciones de insolvencia, no emana del interés social, como concepto integrado por otros grupos de interés más allá del de los accionistas, sino como manifestación del principio de confianza del tráfico¹²⁹⁶, y del deber de negociar de buena fe, pues no es lícito contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir.

¹²⁹⁵ ESTEBAN VELASCO, “La acción...” ob cit p. 186.

¹²⁹⁶ Nótese que la Sentencia del Tribunal Supremo 225/2012 se refiere: “*el principio de seguridad, especialmente exigible en el tráfico mercantil dada su repercusión, permite confiar en que el administrador cumplirá los deberes preconcursales que el sistema le impone o, cuando menos, los que exige la norma concursal*”

III. DEBERES DE CONSERVACIÓN PATRIMONIAL DE LA SOCIEDAD

1. Introducción

Cuando la sociedad se encuentra inmersa en una situación de crisis preconcursal (es decir, donde no existe aún una insolvencia actual), se ponen de manifiesto diferentes intereses en conflicto que colisionan, entre los administradores, los accionistas y los terceros acreedores. Cuando la crisis empieza a manifestarse, existen fuertes incentivos que inducen a la dirección a acometer estrategias que pueden considerarse contrarias a la conservación patrimonial de la empresa, muchas veces para satisfacer sus propios intereses en perjuicio de la sociedad y de sus accionistas, y en otras en perjuicio de los acreedores, ya sea o no en beneficio de la sociedad¹²⁹⁷. Ello implica que a medida que crece la crisis se intensifican los costes de agencia. Entre el conflicto de interés entre los administradores y el interés de los socios, se han ido generando mecanismos de alineación de interés para evitar actuaciones contrarias al interés social. Por lo que respecta al conflicto entre el interés de la sociedad y el de los acreedores, lo que ahora interesa, no es tanto las actuaciones fraudulentas del administrador que tienden al alzamiento o utilización del patrimonio contrarias a la conservación de la empresa, sino más bien el estudio de las pautas que han de inspirar la actuación del administrador en la situación preconcursal.

Es difícil para el administrador tomar decisiones que necesariamente van a lesionar distintos intereses en conflicto, al plantearse la cuestión de, llegados a un determinado punto, tratar de salvar a la sociedad, con el consabido riesgo de agravar la situación para los acreedores de la sociedad, que en caso de que el plan de rescate resulte infructuoso verán insatisfechos sus créditos. En este sentido surge la cuestión del interés social como fin de la actividad gestora del administrador en la situación de crisis, ante la cuestión de si comprenden otros intereses más allá del interés exclusivo de los socios¹²⁹⁸.

En el derecho anglosajón uno de los criterios utilizados desde la perspectiva de la responsabilidad (*wrongful trading*), es el de la crisis irreversible¹²⁹⁹, de tal forma que cuando la crisis de la empresa sea irreversible y no existan perspectivas razonables de recuperación (*there was no reasonable prospect that the company would avoid Duch an insolvent liquidation*) el administrador debe hacer todo lo posible por conservar el patrimonio y cumplir las obligaciones contraídas en beneficio de los acreedores (*every steps to minimise the potencial loss to the company's creditors*)¹³⁰⁰. Pero hay que señalar que la dificultad de ello está en que la verificación de tal situación irreversible

¹²⁹⁷ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. "La preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal". En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p.9 y ss.

¹²⁹⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA. "El interés social..." ob cit p. 253-254 y ss.

¹²⁹⁹ OMAR "European initiatives..." ob cit p. 243

¹³⁰⁰ S. 214 *Insolvency Act*, inglesa. DOYLE, L. G. *Insolvency Litigation...* ob cit p. 166y ss. FLETCHER, Ian F. "Cuatro décadas..." ob cit p. 51, BRUNET, D. "La protección..." ob cit 9-10, y 15-16.

sólo es posible *ex post*¹³⁰¹, y que en ello se corre el riesgo de imputar el daño al administrador diligente por el infortunio final de la empresa¹³⁰², donde realmente hay que atender a un objetivo juicio empresarial (*business judgment rule*)¹³⁰³. Por ello, sobre la base del *wrongful trading*, surge el problema de determinar objetivamente -*ex ante*¹³⁰⁴- el momento en que el administrador debe de adoptar determinadas decisiones en beneficio de los acreedores, debido al riesgo existente para los créditos asumidos con anterioridad, y por tanto determinar la actuación del administrador diligente en situaciones de proximidad a la insolvencia (*zone of insolvency*)¹³⁰⁵, cuando verdaderamente no se sabe aún si la crisis es o no irreversible, es decir, qué criterios se utilizan para decidir si arriesgar el patrimonio social para sacar a la sociedad de la crisis en que se halla inmersa¹³⁰⁶, o desistir en beneficio de los acreedores¹³⁰⁷. En base a la regulación concursal y societaria se pueden extraer determinados criterios que van a orientar el deber de actuación de los administradores en los supuestos de proximidad a la insolvencia.

2. La responsabilidad frente a los acreedores anteriores a la situación de crisis.

Entre los deberes de los administradores como representantes de la sociedad como parte contractual, los deberes informativos adquieren especial protagonismo con los nuevos contratantes que iniciaban relaciones con la sociedad en la fase de formación del contrato –responsabilidad *in contrahendo*-. Pero dichos deberes no se agotan aquí, pues frente a estos acreedores anteriores a la crisis con quienes se ha adquirido una deuda, algunos autores¹³⁰⁸ entienden que también existe, por lo general y de acuerdo a la buena fe, un deber de conservación del patrimonio de la sociedad, sobre todo en las zonas de proximidad a la insolvencia¹³⁰⁹. En tal sentido, el administrador que lleve a cabo una actitud de despilfarro del patrimonio social supondrá una lesión directa o indirecta a los créditos contraídos, y por tanto una lesión en la fase de ejecución de los

¹³⁰¹ Aquí radica la dificultad de la regulación de los presupuestos objetivos del concurso. Por ello la propia Insolvency Act (*section* 214.6) se refiere a dos situaciones de insolvencia: insuficiencia de activos de la sociedad para el pago de las deudas (*balance sheet test*), o situación de iliquidez (*cash flow test*). DAVIES, P. *Gowers principles...* ob cit p. 153. En tal sentido DOYLE, Louis G. *Insolvency Litigation*. ... ob cit p. 169, “...based on a reasonable accounting view that the alleged date the assets of the company were sufficient to meet its liabilities and the expenses of the winding up, irrespective of the fact that subsequently the amounts realized for those assets was significantly less than the valuation given”. Vid. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10.

¹³⁰² Con el consabido desincentivo de actitudes emprendedoras o generadoras de riqueza. KEAY, A. “The Director’s Duty...” ob cit p. 320 y ss.,

¹³⁰³ FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...>>” ob cit p.1727 y ss

¹³⁰⁴ FLETCHER, I. “Cuatro décadas...” ob cit p.55, el administrador se sitúa en una posición *ex ante* donde tiene que decidir que interés proteger.

¹³⁰⁵ SPRAYREGEN / FREEDMAN / CHO, *The zone of insolvency: When has a company entered into it, and once there, what are the board’s duties?* KIRKLAND & ELLIS. May 2002. p.2 y ss.

¹³⁰⁶ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79.

¹³⁰⁷ BACHNER, T. *Creditor protection...* ob cit p. 237 y 239; BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 15-16.

¹³⁰⁸ MARIN DE LA BÁRCENA “Deberes...” ob cit p.116; ESTEBAN VELASCO, G. “La acción...” ob cit p. 192 y ss.

¹³⁰⁹ En este sentido la doctrina anglosajona FLETCHER, I. “Cuatro décadas...” ob cit p.55, OMAR “European initiatives...” ob cit p. 245

contratos, con motivo del daño patrimonial ocasionado a la sociedad deudora¹³¹⁰. Antes de la insolvencia, los deberes del administrador se orientan a perseguir el interés social así como el cumplimiento de la Ley¹³¹¹, por lo que la existencia de deberes conservativos sólo puede responder a una decisión de la sociedad (y no de los acreedores) o a concretos deberes establecidos *ex lege*, por lo que los eventuales deberes conservativos del administrador –en la proximidad a la insolvencia- podrán deducirse de las acciones de reintegración de la masa que despliegan sus efectos durante los dos años anteriores a la insolvencia, en función de lo establecido en el artículo 71 de Ley Concursal¹³¹². Fuera de estos casos, el administrador se debe a la sociedad, y su actuación debe ser acorde a la asunción de los riesgos inherentes a la actividad empresarial, en base a decisiones debidamente adoptadas con la debida información¹³¹³. Cosa distinta es una vez que la sociedad es insolvente, donde el deber conservativo viene impuesto expresamente impuesto por la Ley Concursal¹³¹⁴.

A. REPONSABILIDAD POR NO PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO SOCIAL

a) Protección del patrimonio en el ámbito concursal

La conservación del patrimonio del deudor es uno de los objetivos esenciales del proceso concursal como cuestión previa necesaria para el reparto ordenado de la masa entre los acreedores concurrentes¹³¹⁵. En tal sentido se pronuncia la Exposición de motivos de la LC al señalar entre sus funciones “evitar que el deterioro del estado patrimonial impida o dificulte las soluciones más adecuadas para satisfacer a los acreedores”¹³¹⁶. El artículo 43.1 LC impone la conservación del patrimonio del modo más conveniente para los intereses del concurso¹³¹⁷. Cuando la sociedad se encuentra en una situación de insolvencia, el administrador que no solicita el concurso a tiempo, o que de alguna otra forma, participa en la generación o agravación de la insolvencia –interviniendo dolo o culpa grave (164.1 LC)-, el concurso puede ser declarado culpable con la correspondiente declaración de la responsabilidad en la sentencia de calificación (172.bis LC)¹³¹⁸. La agravación de la situación patrimonial como presupuesto objetivo de la responsabilidad¹³¹⁹, implica *a sensu* contrario, que aunque no se hubiera instado el concurso cuando se debió (insolvencia actual), el administrador no será responsable si durante dicho periodo no se agravó la situación. Con ello no se penalizan las conductas diligentes tendentes a reflotar la situación patrimonial de la sociedad. Por ello podemos

¹³¹⁰ ESTEBAN VELASCO, G. “La acción...” ob cit p. 193.

¹³¹¹ RIBAS “Artículo...” ob cit p.1626.

¹³¹² ALCOVER GARAU, G. “Aproximación al régimen...” ob cit p. 325 y ss; GARCÍA-CRUCES “La reintegración de la masa activa...” ob cit p. 358 y ss.

¹³¹³ Que no es otra cosa que la regla del juicio empresarial *Business Judgment Rule*: interés de la sociedad, buena fe, y decisiones debidamente informadas. GROSS-BROWN, Sigfrido. “Deberes...” ob cit p. 87.

¹³¹⁴ Art. 43.1 LC. Vid. MARÍN DE LA BARCENA “Deberes...” ob cit p.116.

¹³¹⁵ MARÍN DE LA BARCENA “Deberes...” ob cit p.116.

¹³¹⁶ Apartado II de la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 Concursal.

¹³¹⁷ MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Artículo 43...” ob cit p.890-891.

¹³¹⁸ Sobre los presupuestos de la responsabilidad concursal ALONSO UREBA, “Art. 172...” ob cit. p. 1437-1438.

¹³¹⁹ ALONSO UREBA “La responsabilidad concursal...” ob cit p. 536.

afirmar que la protección del patrimonio de la sociedad entra dentro del ámbito de protección del régimen de la responsabilidad concursal.

Los diferentes supuestos de concurso culpable del artículo 164 LC se refieren a situaciones que agravan la insolvencia¹³²⁰, pero se circunscriben dentro de dos tipos de deberes generales: inobservancia de deberes informativos y conservativos¹³²¹. En los supuestos en que exista una intención fraudulenta, la cuestión será sencilla en cuanto a la determinación de responsabilidad, pues no resta más que aplicar las normas generales de responsabilidad del administrador ya sea por la vía específica de las conductas tipificadas como culpables para aplicar la responsabilidad concursal (172 bis LC), ya sea por la vía general de responsabilidad por el incumplimiento de sus obligaciones de administrador leal y diligente (art. 236 LSC).

La cuestión no es tan sencilla en los casos en que, en las situaciones de proximidad a la insolvencia, el administrador toma decisiones susceptibles de lesionar diferentes intereses que en tales situaciones se ponen en conflicto, bien lesionando el interés de los acreedores, en la búsqueda de la salvación de la sociedad, bien lesionando el interés de los socios al mostrarse excesivamente conservativo, tratando de eludir riesgos -y con ello la responsabilidad frente a terceros-, pero no solucionando la crisis societaria en la forma en que se espera de un *business man*, y por tanto lesionando el interés social al que se debe¹³²². Dicha dificultad se debe a la complejidad de determinar los criterios objetivos que en cada caso pueden definir una insolvencia de fondo. La existencia de una frontera tan difusa alrededor de la insolvencia genera los problemas interpretativos en la fase preconcursal¹³²³, y dando lugar a multitud de criterios alternativos en el derecho comparado para la determinación del presupuesto objetivo del concurso (p.e. crisis irreversible del *wrongful trading*, el sistema de hechos externos del derecho francés o belga, *Zahlungsunfähigkeit* y *Überschuldung* en derecho alemán, etc...) ¹³²⁴.

b) Protección del patrimonio en el ámbito societario

En la regulación de la Responsabilidad por deudas en casos de pérdidas cualificadas (363.1.e LSC) el legislador tiende a prejuzgar la situación como un supuesto preconcursal¹³²⁵, es decir, como una situación de naturaleza previa al concurso. No obstante, no siempre las pérdidas cualificadas desembocan en insolvencia, pues

¹³²⁰ ALCOVER GARAU, “Aproximación...” ob cit p. 96.

¹³²¹ MARÍN DE LA BÁRCENA, *La acción individual...* ob cit p. 364 y ss.

¹³²² En este sentido QUIJANO GONZÁLEZ, J. La responsabilidad civil... ob cit p.154 dice: “*el contenido de la actividad administradora resulta de la combinación de una actividad de tipo conservativo, que resulta compatible con la fungibilidad específica de los elementos patrimoniales concretos, ya que se refiere sobre todo al patrimonio como valor en el contexto del objeto social, y de una actividad de tipo productivo donde cobra importancia la explotación de los bienes administrados conforme a criterios de legalidad, pero también oportunidad económica*” haciendo referencia a PAILLUSSEAU que distingue entre la actividad productiva y conservativa.

¹³²³ FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursabilidad...” ob cit p.27 y 33 y ss.

¹³²⁴ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit p.300.

¹³²⁵ ALCOVER GARAU, G. “Aproximación...” ob cit p. 91 y ss.

entonces sería un precepto sin sentido¹³²⁶. En tales casos -en los que no procede la declaración del concurso- la responsabilidad por no disolución opera sólo si finalmente no se disuelve la sociedad, o si no se procede a la reducción de capital en la medida que las pérdidas cualificadas determinen. Por tanto una reducción de capital, cuyo carácter es eminentemente informativo (pues no implica alteración patrimonial alguna que eleve las garantías frente a los acreedores) es suficiente para eludir la responsabilidad por no disolución. El efecto directo que ello produce promoviendo las reducciones de capital nominal, es que se amplía el margen de reparto de beneficios para los posteriores ejercicios al bajarse el umbral del capital nominal como base del límite de la reserva legal (247 LSC)¹³²⁷. Todo ello sin perjuicio de la lesión al patrimonio social que pueda generar una reclamación de responsabilidad por la vía de la acción del artículo 238 y siguientes de LSC.

B. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS

Los daños que eventualmente puedan sufrir los acreedores de la sociedad por el incumplimiento de los créditos formalizados con anterioridad a la situación de crisis -concursal o disolutiva-, como daños al patrimonio social, no directamente causados a los acreedores, permiten la interposición de la acción social para la cual están legitimados los acreedores perjudicados *“cuando no haya sido ejercitada por la sociedad o sus accionistas, siempre que el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos”* (art. 240 LSC) .

a) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no disolución

Desde la perspectiva de la responsabilidad por daños (236 LSC), se ha estudiado respecto de los acreedores posteriores por inobservancia de determinados deberes informativos, pero también se ha visto la existencia de una responsabilidad por daños sobre la base de la omisión de los deberes legales del 363 LSC, por el perjuicio ocasionado a los acreedores surgidos con anterioridad a la causa de disolución, en la medida en que disminuyan las posibilidades de satisfacción, como consecuencia de la lesión del patrimonio social por no adoptarse las medidas que pudieran paliar la situación de crisis¹³²⁸. Se trata por tanto de una responsabilidad por eludir unos deberes legales, que generalmente requerirá como conducta ilícita que se hayan realizado determinados pagos que agraven la situación económica o actos que han incrementado el pasivo, reduciendo el patrimonio neto de la sociedad. Se trata por tanto de una responsabilidad por daño, donde el daño concreto consiste en la disminución o no conservación del patrimonio de la sociedad, daño derivado de la conducta ilícita del

¹³²⁶ MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 61 como técnica que viene a solucionar la crisis y satisfacer los créditos como alternativa que optimiza la situación frente a la alternativa del concurso.

¹³²⁷ Antiguo artículo 214 LSA; vid URÍA, MENÉNDEZ y GARCÍA DE ENTERRÍA “La sociedad...” ob cit p. 1054.

¹³²⁸ ESTEBAN VELASCO “La acción individual...” ob cit p. 196. CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia* ... ob cit p. 99 y ss. Como una responsabilidad cuya finalidad no es otra que la tutela de los acreedores sociales.

administrador en la continuidad de la sociedad sin haberse procedido a una ordenada disolución o liquidación¹³²⁹.

Las normas que imponen la promoción de la disolución por pérdidas tienen por finalidad la adecuación de la cifra de capital¹³³⁰, como cifra de garantía¹³³¹, lo que implica indirectamente una cierta protección del patrimonio social¹³³². Es cierto que la norma establece una obligación que de no cumplirse está generando un comportamiento ilícito, pero dicho comportamiento debe completarse con la actuación concreta que tenga el administrador¹³³³. El daño vendrá determinado por la disminución patrimonial. Por tanto, no es un daño directo a los acreedores anteriores a la causa de disolución, sino un daño al patrimonio de la sociedad, por lo que será exigible por la vía indirecta de la acción social del 240 LSC.

b) Responsabilidad por daños al patrimonio social por no promover el concurso

Desde la perspectiva de la responsabilidad por daño, el administrador puede ser responsable frente a los acreedores anteriores, por no solicitar el concurso, por la vulneración de una norma, continuando con la actividad -si luego se agrava la situación- por haber continuado con la actividad y no haber solicitado el concurso con anterioridad. Por ello el daño consistirá en la reducción de la cuota de satisfacción de sus derechos como consecuencia de la continuidad de la actividad¹³³⁴. La cuantía que determina el daño será la diferencia entre lo que el acreedor hubiera cobrado de haberse promovido el concurso, y lo que va a recibir dada la situación de la sociedad. Se trata por tanto de un daño al patrimonio de la sociedad, y como tal debe perseguir la reintegración del patrimonio social, mediante la vía de la acción social de responsabilidad (daño reflejo ex 238 y ss LSC).

No se debe confundir este supuesto de daños al patrimonio social, con aquellos otros daños que son fruto de la inobservancia por parte del administrador de las reglas de paridad de trato en el seno del concurso, o con la realización de pagos prohibidos o fraudulentos, que determinan la calificación del concurso como culpable, y por tanto perseguibles no sólo por la vía directa de la acción individual (ex 241 LSC), sino también mediante la acción de responsabilidad concursal si se procediera a la apertura de la fase de liquidación del concurso¹³³⁵.

¹³²⁹ ESTEBAN VELASCO "La acción individual..." ob cit p. 197.

¹³³⁰ Lo que implica una intención de impedir la pervivencia ficticia de sociedades de capital RUIZ MUÑOZ "Fundamentos..." ob cit p.480.

¹³³¹ Cifra mínima de retención no distribuible. Vid. VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1. Sociedades de Capital". en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 181-193

¹³³² MARÍN DE LA BÁRCENA "Deberes y responsabilidad..." ob cit p. 103.

¹³³³ ESTEBAN VELASCO "La acción individual..." ob cit p. 197.

¹³³⁴ ESTEBAN VELASCO "La acción individual..." ob cit p. 198.

¹³³⁵ ESTEBAN VELASCO "La acción individual..." ob cit p. 199; MARÍN DE LA BÁRCENA *La acción individual...* ob cit p. 361.

3. Los deberes de conservación patrimonial en la proximidad a la insolvencia

Procede ahora plantearnos la cuestión de la existencia y alcance de determinados deberes orientados a la conservación de la solvencia patrimonial de la sociedad, en situaciones de proximidad a la insolvencia¹³³⁶. Se está aludiendo con ello a la problemática que se plantea cuando en situaciones de dificultad, se llevan acabo determinadas inversiones que pueden lesionar el interés de los acreedores por cuanto pueden implicar una considerable elevación del riesgo asumido por la sociedad¹³³⁷. Ello dependerá del alcance de determinadas consideraciones, tales como: los mecanismos de protección patrimonial (acciones de reintegración concursal), y la determinación del momento en que ha de surgir un deber de conservación.

A. LAS ACCIONES DE REINTEGRACIÓN COMO MEDIDAS PRECONCURSALES

En ocasiones, los administradores de las sociedades en dificultades, antes de alcanzar una situación de insolvencia, pueden prever las dificultades y tratar de evitar el fracaso definitivo e irreversible, y para ello, se ven forzados a tomar determinadas medidas arriesgadas encaminadas a la salvación de la empresa. Algunas de estas medidas pueden suponer un auténtico perjuicio para los acreedores corrientes. Mientras el arriesgado plan de salvamento salga bien, no habrá problema en tanto que la recuperación es la mejor solución para todas las partes implicadas, pues podrá satisfacer a todos los acreedores los créditos presentes y generar otros futuros. Por el contrario, la cuestión problemática se da en aquellos casos en que se ha favorecido solamente a algunos acreedores¹³³⁸ (en la búsqueda del salvamento o de la protección del patrimonio propio¹³³⁹) sin que se consiga la pretendida recuperación, con lo que el plan de salvamento ha supuesto un agravamiento real de la situación de riesgo para los acreedores, en beneficio de terceros circunstanciales. En este sentido se puede encontrar una vía de salvamento del derecho de los acreedores concursales a través de las acciones de reintegración a la masa activa¹³⁴⁰.

¹³³⁶ MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 64, hace referencia a la obligación del administrador en la proximidad a la insolvencia de maximizar el valor de la empresa.

¹³³⁷ MARÍN DE LA BÁRCENA “El interés...” ob cit p. 271.

¹³³⁸ A veces estos acreedores no suelen ser solamente los más poderosos (p.e. entidades de crédito), sino también los mejor relacionados o mejor informados. De tal manera que las acciones de reintegración tienden a considerar como perjuicio para la masa aquellos negocios realizados con sujetos especialmente vinculados al concursado (art. 92 y 93 LC), se entiende, entre otras razones por la ventaja que para ellos supone la completa información de que han dispuesto, en perjuicio de la par conditio creditorum. VID. RUIZ MUÑOZ, “Fundamentos...” ob cit p. 560-561.

¹³³⁹ Las acciones de reintegración como remedio frente al intento de poner a salvo de terminados bienes o derechos o de favorecer a algunos frente al resto (GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos. “Capítulo 17: Las acciones de reintegración”. En MARTINEZ SANZ (dir.) *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 588-651).

¹³⁴⁰ ALCOVER GARAU, G. “Aproximación al régimen...” ob cit p. 325 y ss., donde considera las acciones de reintegración como pieza básica del sistema concursal cuyo fin es la determinación de la masa activa. RIVERA FERNÁNDEZ, *Reintegración y concurso de acreedores*, Madrid: Dilex 2005, p. 40 y ss. GARCIA-CRUCES José Antonio. “presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”. En AAVV *La reintegración en el concurso de acreedores*. Aranzadi, 2009, p.30. indica que la función de dichas acciones de reintegración es la preservación de la integridad del patrimonio del concursado.

a) Las acciones de reintegración en la Ley concursal

La ley concursal permite la rescisión de aquellos actos celebrados por el deudor durante los dos años anteriores¹³⁴¹ a la declaración del concurso que supongan un perjuicio para la masa activa, aunque no hubiere existido en ello una intención fraudulenta (art. 71.1 LC)¹³⁴². Ello implica por un lado una objetivación de la reintegración¹³⁴³, y por otro, la apertura a una gran amplitud de actos rescindibles, donde la rescisión queda a la discrecionalidad del juez, siempre y cuando ello haya supuesto un auténtico perjuicio para la masa activa¹³⁴⁴. Para la determinación del perjuicio patrimonial se establecen una serie de presunciones, necesarias para poder proceder a la reintegración de la masa. Un primer grupo de presunciones *iuris et de iure*, consideran siempre perjudiciales para la masa aquellos actos de disposición realizados a título gratuito, salvo el caso de “*liberalidades de uso, y de pagos y otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuera posterior a la declaración del concurso*” (art. 71.2 LC). Un segundo grupo de presunciones *iuris tantum* se refiere a actos onerosos realizados con personas especialmente relacionadas con el deudor, por el riesgo que ello conlleva en la paridad de trato necesaria en el concurso, y aquellos que supongan la constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes (art. 71.3 LC). Salvo éstos, en todos los demás casos el perjuicio deberá ser probado por quien ejercite la acción (71.4 LC)¹³⁴⁵.

En el caso de los negocios con sujetos especialmente relacionados con el concursado (71.3.1º LC), y sin perjuicio del señalado carácter objetivador de las acciones de reintegración¹³⁴⁶, parece oportuno llamar la atención de que la postergación de los derechos de los sujetos especialmente relacionados no sólo se refleja en las acciones de reintegración sino también en la calificación del crédito como subordinado (art. 92 y 93 LC), lo que puesto en contraste con el carácter privilegiado que adquieren dentro del concurso los créditos de responsabilidad civil extracontractual, se parece desprender cierto fundamento orientado al nivel de información de cada uno de los grupos señalados. Mientras el crédito del sujeto especialmente relacionado se posterga, entre otros criterios, en base a la ventaja para dichos sujetos el haber podido disponer de una completa información sobre la crisis del deudor, en sentido inverso, el crédito extracontractual se privilegia en el concurso en base al carácter involuntario de la

¹³⁴¹ Plazo que coincide con el plazo de *transaction under value* de la *Insolvent Act* inglesa. La InsO del derecho alemán establece un plazo entre uno y tres meses dependiendo de las circunstancias, en general (ss 13-132 InsO) y un plazo de 10 años en los casos de mala fe (ss 133 InsO). Vid BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 39 y ss.

¹³⁴² No es necesario el *consilium fraudis* a diferencia del régimen de rescisión civil, ALCOVER GARAU “Aproximación...” ob cit p.331, DÍEZ-PICAZO Fundamentos... vol II, ob cit p. 731; JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (La acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, p. 33 y 125 y ss.; RIVERA FERNÁNDEZ, *Reintegración y...* ob cit p. 43 y ss.

¹³⁴³ JEREZ DELGADO *Los actos jurídicos...* ob cit p.128 y 151 y ss

¹³⁴⁴ LEÓN, Francisco, “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa” ob cit p. 1304, señala el carácter subsidiario de las acciones de reintegración sometidas a la condición de que no existan bienes suficientes para la satisfacción de los acreedores, solución que parece lógica acorde a la seguridad del tráfico. No obstante ello no implica que no sean ejercitables en los supuestos de concurso voluntario o concurso inminente.

¹³⁴⁵ GARCÍA-CRUCES “La reintegración de la masa activa...” ob cit p. 358-360; ALCOVER GARAU “Aproximación...” ob cit p. 336-337.

¹³⁴⁶ JEREZ DELGADO *Los actos jurídicos...* ob cit p.125 y ss, 151 y ss.

relación jurídica, y por tanto, en la imposibilidad del sujeto dañado al acceso de cualquier tipo de información¹³⁴⁷.

Las acciones de reintegración retrotraen los efectos concursales a los dos años anteriores a la declaración del concurso, lo que implica un adelantamiento de su eficacia a la fase preconcursal¹³⁴⁸. En tal sentido, desde algún sector doctrinal se ha hecho referencia a la necesidad o conveniencia de hacer coincidir los efectos del concurso con la situación de insolvencia de hecho, dada la tardanza con que en la práctica se procede a instar el concurso, por lo que parece razonable hacer coincidir en el tiempo los efectos del concurso con el momento en que suceden los hechos que lo motivan¹³⁴⁹. No obstante, no parece ser esta la orientación de la norma, pues no hay que perder de vista que el hecho de que el deudor fuera solvente, es irrelevante a efectos del ejercicio de la acción, pues el presupuesto objetivo para la retroacción es la existencia de un perjuicio efectivo sin tener en cuenta la situación patrimonial del momento¹³⁵⁰, por lo que estamos ante acciones concursales que despliegan su eficacia en la fase preconcursal o sospechosa anterior a la insolvencia¹³⁵¹.

b) El concepto amplio de perjuicio patrimonial

Fuera de los casos de las presunciones legales el perjuicio patrimonial debe ser probado por quien ejercite la acción. Para ello no es necesaria la existencia de un ánimo fraudulento (*consilium fraudis*)¹³⁵², sino que basta la existencia de un perjuicio objetivo para la masa activa¹³⁵³. Esta objetivación de las acciones de reintegración concursal respecto al sistema civil suponen un cambio técnico¹³⁵⁴ con el que nuestro legislador concursal recoge la tendencia de los ordenamientos jurídicos comparados hacia la objetivación de los remedios contra el fraude¹³⁵⁵. Por ello, son rescindibles los actos no fraudulentos, incluso realizados de buena fe, que supongan un perjuicio, que puede implicar no sólo una pérdida de valor del patrimonio del deudor (concepto estricto), sino también aquellos actos que no aprovechan correctamente el valor empresarial, realizados sin la justa contraprestación¹³⁵⁶. Es decir, no se circunscribe el concepto de pérdida a una noción restringida¹³⁵⁷ relativa a pérdidas por debajo del valor de

¹³⁴⁷ RUIZ MUÑOZ, M. “Fundamentos...” ob cit p. 560-561.

¹³⁴⁸ Ello incluso implica la posibilidad de rescindir pagos ejecutados dentro de los dos años relativos a contratos anteriores, según LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p. 1306 dada la gran amplitud del presupuesto objetivo de la acción.

¹³⁴⁹ En este sentido SILVETTI siguiendo a GARRIGUES, sobre la necesidad hacer coincidir el momento del concurso de hecho y de derecho, cit. En SILVETTI, Elena. “Artículo 71 acciones de reintegración” en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Thomson, 2004, p. 517.

¹³⁵⁰ (LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p. 1306.

¹³⁵¹ Como se manifiesta BELTRÁN SÁNCHEZ, cit. en SILVETTI, “Artículo 71 ...” ob cit p. 521.

¹³⁵² ALCOVER GARAU, G. “Aproximación...” ob cit p. 331, DÍEZ-PICAZO *Fundamentos...* vol II, ob cit p. 731.

¹³⁵³ JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos...* ob cit p.125y ss., 138 y 151 y ss. sobre la objetivación de la acciones de reintegración

¹³⁵⁴ RIVERA FERNÁNDEZ, *Reintegración y concurso ...* ob cit p. 43.

¹³⁵⁵ JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos...* ob cit p. 33, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos ...* ob cit p. 731, entre otras cuestiones por la dificultad que supone la demostración de la mala fe fraudulenta.

¹³⁵⁶ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. “Capítulo 17: Las acciones...” ob cit p. 597-599.

¹³⁵⁷ esto según LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p. 1307 distingue una interpretación interpretación estricta y amplia, considerando esta última la más correcta sobre el principio de la paridad de trato ob cit p. 1308.

mercado¹³⁵⁸, sino que incluso puede comprender actos realizados a precio de mercado, si se trata de operaciones inconvenientes, es decir, si ello es susceptible de generar un perjuicio en la continuidad de la rentabilidad empresarial¹³⁵⁹, por considerarse así que existe perjuicio, aunque no disminuya el patrimonio. Desde esta perspectiva amplia de perjuicio se trata de adoptar un criterio que permita maximizar de forma razonable el potencial de la organización, pues esto es susceptible de lesionar a la colectividad de acreedores¹³⁶⁰, puesto que se parte de la premisa de que para delimitar el concepto de perjuicio es necesario atender al principio de paridad de trato¹³⁶¹. Frente a esta concepción amplia otros sectores se han posicionado en contra por la inseguridad jurídica de un concepto excesivamente amplio de normas que operan como meras presunciones de perjuicio y que debieran tener un alcance exclusivamente procesal que no debieran alterar el fondo de las acciones de reintegración¹³⁶². Todo ello genera una gran amplitud, que en sede judicial deberá ser en cada caso evaluado por el juzgador ponderando entre el interés del concurso y el interés de los contratantes perjudicados por la reintegración, en aras de la seguridad del tráfico¹³⁶³.

c) Desconexión de las acciones de reintegración con el presupuesto subjetivo

En el derecho anglosajón, como en la mayoría de los sistemas de *common law* en el ámbito de la protección de los acreedores en los momentos previos a la insolvencia, existe una diferenciación entre los actos referidos a transacciones fraudulentas (*fraudulent conveyance*), y transacciones infravaloradas (*transaction at an undervalue*), cuya diferencia reside en la existencia de un presupuesto subjetivo solamente en las transacciones fraudulentas, no exigiéndose en cambio, para las segundas, que exigen simplemente una infravaloración para proceder a la reintegración¹³⁶⁴. Dicha diferenciación también existe en la InsO alemana que establece una extensión del plazo de impugnación de los actos perjudiciales, a los diez años anteriores al concurso (133 InsO) en caso de perjuicios intencionados (*Vorsätzliche Benachteiligung*), realizados de mala fe, aunque entendida ésta como dolo eventual (es decir, que se prevea el perjuicio como probable, aunque no sea este el fin perseguido)¹³⁶⁵. También se prevé la rescisión de los actos realizados en los dos años anteriores si se trata de personas especialmente relacionadas con el deudor (133 y 138 InsO). En el resto de casos la posibilidad de rescisión se circunscribe a un plazo de entre uno y tres meses según los casos en función del requisito subjetivo de la existencia de

¹³⁵⁸ En el concepto de *transaction at an undervalue* de la *Insolvency Act* inglesa se circunscribe a un valor inferior significativo en función del valor de mercado (*significantly less*), BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 50 y ss.

¹³⁵⁹ ALCOVER GARAU “Aproximación...” ob cit p. 334.

¹³⁶⁰ LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p.1307 requiere que se lesione el principio de paridad de trato no a un acreedor particular, por ello señala que los pagos realizados por deudas anteriores son perjudiciales pues disminuyen el activo y el pasivo, pero también la posibilidad de cobro de los demás concurrentes. En contra del criterio de la paridad de trato, GARCÍA-CRUCES, “La reintegración...” ob cit p.356-358, porque estima que es el criterio literal de la ley (la masa activa) el más directo y eficiente, a la hora de reintegrar la masa, por ello hay que ver caso por caso.

¹³⁶¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, J. C. “Capítulo 17: Las acciones...” ob cit p. 597.

¹³⁶² En contra del criterio amplio GARCÍA CRUCES “presupuestos y finalidad de la acción...” ob cit p.50-52, sobre la base de que en la determinación del perjuicio se actúa con carácter mediato o reflejo, y no por la vía del daño directo, sino solo en la medida en que los acreedores se ven afectados por un acto perjudicial para la masa.

¹³⁶³ GARCÍA-CRUCES “La reintegración...” ob cit p. 358.

¹³⁶⁴ BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 50-51.

¹³⁶⁵ BACHNER *Creditor protection...* ob cit p. 75.

conocimiento por parte del adquirente de que existía una situación de insolvencia ((i) *Kongruente Deckung* en general, art. 130 *InsO*, (ii) *Inkongruente Deckung* 131 *InsO* cuando el adquirente es un acreedor concursal -*Insolvenzgläubiger*-, y (iii) *Rechtshandlungen* 132 *InsO* cuando dicho adquirente no es acreedor concursal)¹³⁶⁶.

En el derecho concursal español, a diferencia del sistema civil de acciones de rescisión (1111 y 1291.3º CC), no es requisito necesario la existencia de un *consilium fraudis*, ni siquiera de la existencia de un *animus nocendi*, ni por parte del deudor, ni por parte del primer contratante, sino simplemente la existencia de un perjuicio objetivo para la masa activa. Por ello, la construcción del sistema de reintegración no se basa en el fraude como piedra angular, ni siquiera en la negligencia del administrador. Se basa en el presupuesto objetivo del perjuicio para la masa activa, en aras de una mayor eficacia en la lucha contra el fraude¹³⁶⁷, lo que implica a su vez cierta dificultad para extraer conclusiones acerca de los presupuestos subjetivos del régimen de responsabilidad precontractual, sobre la base del régimen de reintegración de la masa. Pese a que el sistema de reintegración se encuadra, dentro de los institutos de la ineficacia, en el de la rescisión (así expresamente lo dice incluso el 71 LC)¹³⁶⁸, se ha dicho que no es una rescisión en el sentido del Código Civil, sino una categoría propia distinta, por tener un régimen jurídico particular y caracteres específicos propios¹³⁶⁹, y ser difícilmente encuadrable en el régimen del Código Civil. Por tanto, no desprenderse de este régimen, un arquetipo de conductas preconcursales del deudor, sino que lo que la Ley Concursal prevé es la forma de devolver o reintegrar aquello que salió resultando perjudicial para la masa activa, ya que cabe la posibilidad de rescindir actos incluso realizados de buena fe por el deudor¹³⁷⁰. En este sentido, cabrían como rescindibles las conductas desesperadas de los administradores, que de buena fe buscaron la salvación de la empresa y que finalmente supusieron un fracaso ocasionando determinados perjuicios en el patrimonio social.

No obstante, las acciones de reintegración no pueden considerarse como un instrumento indiscriminado de rescisión de negocios jurídicos, pues ello supondría alterar significativamente las reglas del riesgo comercial en el tráfico mercantil. Por ello, también es importante la toma en consideración de aquellos actos que quedan fuera del ámbito de la rescisión. El artículo 71.5 LC excluye de la rescisión aquellos actos ordinarios propios de la actividad profesional o empresarial realizados en condiciones de normalidad por el deudor¹³⁷¹, es decir, actos que forman parte de la actividad ordinaria de la empresa y se producen en condiciones de mercado¹³⁷², por lo que, no serán rescindibles aún cuando supongan un perjuicio a la masa activa¹³⁷³, o incluso aún cuando existiera un ánimo fraudulento en ello, pues no cumpliría el presupuesto necesario de la reintegración¹³⁷⁴. Se advierte aquí una vez más la desconexión entre la

¹³⁶⁶ La rescisión en el derecho alemán se divide en aquellos casos en que el adquirente de la acción a rescindir es acreedor concursal (*Insolvenzgläubiger*), como es el caso de *Kongruente Deckung*, 130 *InsO*; *Inkongruente Deckung* 131 *InsO*, y aquellos otros en que el adquirente es un tercero (*Shuldners*), en *Rechtshandlungen* 132 *InsO*.

¹³⁶⁷ JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos...* ob cit p. 33, DíEZ-PICAZO, *Fundamentos ...* ob cit p. 731.

¹³⁶⁸ Art. 71 LC: “Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa...”

¹³⁶⁹ ALCOVER GARAU, G. “Aproximación...” ob cit p. 333.

¹³⁷⁰ SILVETTI “Artículo 71 ...” ob cit p. 521.

¹³⁷¹ “ni los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados” continúa el art. 71.5 LC. Sobre ello, LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p. 1315, por la función irrevocable inherente al sistema de pagos y compensación.

¹³⁷² LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p.1314 desde un punto de vista económico como actos que forman parte del desarrollo habitual de la actividad.

¹³⁷³ ALCOVER GARAU, G. “Aproximación...” ob cit p.334

¹³⁷⁴ LEÓN, F. “De los efectos...” ob cit p.1314

retroacción y el *consilium fraudis*. La razón de dicha exclusión descansa esencialmente en la necesidad de dotar de seguridad al tráfico¹³⁷⁵, pero también se deja entrever la conveniencia que implica que la empresa siga desplegando su actividad con normalidad, de cara a maximizar¹³⁷⁶ la masa activa, mientras sea posible, e incluso como mecanismo para una eventual salvación empresarial¹³⁷⁷.

Del régimen concursal de acciones de reintegración de la masa activa no se pueden extraer por tanto conclusiones claras sobre el patrón de conducta arquetípico del administrador diligente, ni del régimen de responsabilidad de los administradores, pues se trata de acciones de un presupuesto amplio donde no se requiere la concurrencia ni *consilium fraudis* ni de requisito subjetivo alguno, esencial en nuestro sistema de responsabilidad por daños o concursal. No obstante, si se puede extraer alguna conclusión acerca de la orientación de la actuación del administrador diligente en las situaciones de crisis. Por lo que atendiendo al régimen establecido de reintegración - donde se considera la existencia de un perjuicio para la masa, aún cuando no se maximiza de forma razonable los recursos de la sociedad- y en atención a la no rescindibilidad de los actos ordinarios en condiciones de mercado de la empresa, entendemos que el deber del administrador, más allá de los establecidos en el 164 y 165 LC, será continuar con la actividad cuando ello sea posible y tratar de maximizar el beneficio¹³⁷⁸ en aras del interés social antes del concurso y en beneficio de la masa activa después, lo que indirectamente redundará en beneficio de los diferentes grupos de interés que entren en relación con la sociedad.

Por todo ello, los eventuales deberes conservativos del administrador en la proximidad a la insolvencia se orientan precisamente a evitar los actos perjudiciales para la masa. No obstante no podrán ser objeto de rescisión los *actos ordinarios de la actividad empresarial* del deudor (71.5 LC), por lo que la propia norma concursal viene a refrendar la idea de que la actuación del administrador en la proximidad a la insolvencia debe ser acorde a la asunción razonable de los riesgos inherentes a la actividad empresarial ordinaria¹³⁷⁹, en base a decisiones debidamente adoptadas en interés de la sociedad y con la debida información (es decir, *Business Judgment Rule*¹³⁸⁰).

B. INSOLVENCIA COMO CRITERIO DETERMINANTE DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN.

¹³⁷⁵ SILVETTI “Artículo 71 ...” ob cit p.527, por ejemplo como protección de consumidores y usuarios, etc. en LEON, F. “De los efectos...” ob cit p.1314.

¹³⁷⁶ MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 64.

¹³⁷⁷ En este sentido GARCÍA-CRUCES “La reintegración...”p.362 pues, como dice “*si tales actos llevaran cabo bajo las condiciones así previstas, no supondría perjuicio alguno para la masa activa*”

¹³⁷⁸ MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 64.

¹³⁷⁹ En tanto en cuanto el administrador viene obligado a maximizar el valor empresarial, también en la proximidad a la insolvencia. MIOLA, M. “Tutela de los acreedores...” ob cit p. 64.

¹³⁸⁰ Que no es otra cosa que la regla del juicio empresarial *Business Judgment Rule*: interés de la sociedad, buena fe, y decisiones debidamente informadas. GROSS-BROWN, Sigfrido. “Deberes...” ob cit p. 87.

Una vez tenidos en cuenta los mecanismos concursales para la conservación del patrimonio del deudor, y considerando la desconexión entre las acciones de reintegración y la culpa del deudor (ya sea dolo o negligencia), se trata de hacer un acercamiento al momento en que ha de comenzar el deber de conservación del patrimonio en beneficio de los acreedores. Para ello, el concepto de *insolvencia de fondo*¹³⁸¹ de la sociedad representa, sino el punto de inflexión, al menos la zona fronteriza en la que va a empezar a existir un auténtico deber conservativo para con los acreedores sociales.

a) Insolvencia de fondo

Fuera de los casos de conductas dolosas o de culpa grave donde se advierte un fin fraudulento, la cuestión de la responsabilidad del administrador en casos de mera negligencia presenta mayores dificultades a la hora de fijar el criterio determinante de la responsabilidad. En el derecho anglosajón –como ya se expuso más arriba– se advierte esa diferencia mediante dos institutos diferentes: *fraudulent trading*¹³⁸² respecto de las primeras, y *wrongful trading* respecto de las conductas meramente negligentes¹³⁸³. En derecho español no hay de forma clara tal diferencia¹³⁸⁴, aunque los problemas de aplicación no son tan lejanos pese a que aparentemente exista una diferente regulación en cuanto a los presupuestos objetivos de la responsabilidad concursal del administrador.

Podemos considerar que en derecho español el concepto de insolvencia es determinante jurídicamente no sólo a la hora de establecer la obligación de declarar el concurso (y demás deberes concursales), sino también en cuanto a la determinación de otros deberes que surgen con independencia de la declaración formal del concurso, como son los deberes informativos y de conservación patrimonial. Es decir, aunque no se haya abierto el concurso, cuando la sociedad deviene en insolvente, ya se generan determinados deberes en tal sentido¹³⁸⁵, pues dichas obligaciones no pueden dejarse a la existencia de una mera declaración formal. Y en tal sentido, mientras en unos ordenamientos la dificultad reside en la determinación de cuándo existe una auténtica insolvencia de fondo¹³⁸⁶, en el ámbito del *wrongful trading* esa dificultad reside en la determinación del momento en que la crisis es auténticamente irreversible¹³⁸⁷, es decir, que no existe una perspectiva razonable de que la sociedad vaya a poder evitar una

¹³⁸¹ PULGAR EZQUERRA, *La declaración...* ob cit p. 308.

¹³⁸² PENNINGTON *Directors'...* ob cit p.191; RYAN, *Company...* ob cit p. 58; BACHNER, *Creditor protection...* ob cit p.208 y ss.

¹³⁸³ FLETCHER, Ian F. “Cuatro décadas...” ob cit p. 51. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 16; VIÑUELAS SANZ, M. *Responsabilidad...* ob cit p. 125 y ss.

¹³⁸⁴ En el derecho español no existe esa diferencia en materia de responsabilidad dado que la responsabilidad operará igual sea dolo, culpa o negligencia (artículo 1101 y 1902 CC). En el ámbito de la responsabilidad concursal si bien es cierto que se exige dolo o culpa grave, el la diferencia entre ambas tampoco resulta aparentemente relevante (art. 164 LC). Vid. GARCIA-CRUCES “La responsabilidad...” ob cit. p.266; ALONSO UREBA, “La responsabilidad...” Ob cit. p. 537.

¹³⁸⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 114.

¹³⁸⁶ PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p. 308, insolvencia como situación real de fondo, frente al sistema francés basado en presunción de insolvencia por concurrencia de hechos externos.

¹³⁸⁷ FLETCHER “Cuatro...” ob cit p. 51; OMAR, “European initiatives...” ob cit p. 244 “*the difficulties attendant on directors second-guessing the economic climate in order to predict their company's chances of success*”. BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10.

liquidación por insolvencia. Son planteamientos distintos para llegar aún mismo fin, el de la determinación del punto de inflexión en el que el interés de la sociedad debe ceder frente al interés concursal. Pero tanto en un caso como en otro, aparece el riesgo de una interpretación extensiva, que con una extensión o adelantamiento de los efectos a situaciones meramente probables o de proximidad, conlleva el riesgo de soluciones ineficientes, en el sentido de que pueden incentivar el exceso de cuidado¹³⁸⁸ o el abandono prematuro, por parte del administrador, y con ello de desincentivar las posibles soluciones generando un mayor perjuicio para todas las partes¹³⁸⁹. Mantener posiciones excesivamente conservativas lleva al administrador a abandonar las posibles soluciones y abandonar el interés social, como fin de la actividad gestora en situaciones en que aún no se justifica su sustitución por un interés concursal. La definición de insolvencia de la Ley concursal parte del criterio de unidad de presupuesto objetivo económico¹³⁹⁰, sobre la base de una situación de insolvencia de fondo, lo que implica la dificultad, en determinados casos, de valoración¹³⁹¹. Por ello se aboga en la doctrina mayoritaria por un concepto de insolvencia estricto, flexible y dinámico¹³⁹² (que excluya supuestos de simples previsiones de impagos futuros o datos numéricos que reflejen simples situaciones transitorias de dificultades¹³⁹³), relativo a la imposibilidad de cumplir con las obligaciones vencidas¹³⁹⁴. Y en tal sentido, salvo que exista una auténtica insolvencia de fondo determinada de acuerdo a las expectativas futuras (concepto dinámico) y por tanto la crisis resulte irreversible, el administrador debe conservar el patrimonio y minimizar las posibles pérdidas de los acreedores. Mientras ello no sea así no existe deber conservativo alguno más allá que el que dicte la persecución del interés social de acuerdo a las reglas del buen juicio empresarial (*Business Judgment Rule*)¹³⁹⁵.

¹³⁸⁸ GROSS-BROWN, S. ha ce referencia a que existe un punto a partir del cual el exceso de cuidado por parte de los administradores puede resultar demasiado costoso para la sociedad, que en otras circunstancias sería razonable asumir (GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310).

¹³⁸⁹ Vid KEAY, A. “The Director’S Duty...” ob cit. 320 y ss.; donde hace referencia al abandono de la postura de la insolvencia probable (*likely* en vez de *more likely than not*), por el riesgo de abandono prematuro e injustificado ante la crisis que ello puede acarrear; OMAR “European initiatives...” ob cit p. 245.

¹³⁹⁰ Pese a ello, como ya se dijo anteriormente, la interpretación de la insolvencia de fondo es mayoritaria en la doctrina alemana, lo que acerca el resultado de fondo de ambas legislaciones. La diferencia puede ser más aparente que real. En este sentido las diferencias terminológicas de los distintos idiomas afectan intensamente en esta materia, vid BACHNER, T. *Creditor...* ob cit p.47 y 202.

¹³⁹¹ DUQUE DOMÍNGUEZ, “Sobre el concepto básico...” ob cit p.1010, hace referencia a la necesidad de una valoración conjunta del patrimonio del deudor, y ob cit 1012 y 1013 respecto de la existencia de diferentes criterios que determinan la capacidad de la empresa.

¹³⁹² PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p. 319-322; DUQUE DOMÍNGUEZ, “Sobre el concepto básico...” ob cit p.1010. Sobre el concepto amplio de insolvencia vid SUÁREZ LLANOS “El presupuesto objetivo...” ob cit p. 40; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “La preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”. En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p.16-17 que propugna la necesidad de un concepto *flexible* de insolvencia como presupuesto objetivo dada la dificultad que existe en la determinación y el peligro preconcursal que existe cuando la mayoría de as empresas entran en concursa en un avanzado estado de crisis, lo que en ocasiones requerirá de una conveniente anticipación del tratamiento jurídico del concurso. En el mismo sentido vid ALONSO UREBA “Art. 172.3...” ob cit p.1437

¹³⁹³ El concepto de iliquidez se utiliza en el derecho concursal comparado (*iliquidity*) como presupuesto, pero no tanto en el sentido de falta de liquido exigible, sino más bien como imposibilidad de pago en u momento concreto, así, BACHNER, T. *Creditor’s...* ob cit p.47 y 202), en el sistema anglosajón de *winding up*, a efectos de responsabilidad se hace referencia a insuficiencia de activos para el pago de las deudas (*balance sheet test*) según s. 214 (*wrongful trading*), aunque se ha venido extendiendo por vía jurisprudencial al criterio de la iliquidez (*cash flow test*), pero no referido como mera iliquidez sino como imposibilidad de hacer frente a sus obligaciones exigibles, en VIÑUELAS SANZ, Margarita. “Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: “*wrongful trading*”. En *Revista de derecho mercantil*, N° 255, 2005, p. 310.

¹³⁹⁴ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel. “Artículo 2 LC.” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros) *Comentario de la Ley concursal*. Civitas, 2006. p. 171.

¹³⁹⁵ Como mecanismo que sirve para no desalentar la capacidad del administrador para asumir riesgos, GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310.

b) Crisis irreversible e insolvencia probable

La *Insolvency Act* establece los presupuestos de apertura de la liquidación por insolvencia (*winding up*) en base a dos criterios principales: el criterio del *cash-flow test* (123 IA 1986), referido al examen de si los acreedores pueden cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles, así como el *balance sheet test* relativo al examen de si el valor de su activo disponible es inferior a su pasivo exigible (*Section 214 (6)IA*)¹³⁹⁶. A pesar de ello, la redacción de la regla del *wrongful trading* (sección 214 de la *Insolvency Act*, relativa a la existencia de perspectivas razonables de recuperación: “*there was no reasonable prospect that the company would avoid going into insolvent liquidation*”) ha dado pie a la discusión doctrinal¹³⁹⁷, relativa a la determinación del momento en que se produce dicha situación. Es decir, si la aplicación es sólo en los casos de una insolvencia efectiva, o si también ha de aplicarse –de forma extensiva– a los casos de insolvencia probable (*likely*) o muy probable (*more likely than not*)¹³⁹⁸. Con ello se ha generado la cuestión de concebir el *wrongful trading* como una norma de protección preconcursal, que despliega sus efectos con anterioridad a la liquidación por insolvencia (*winding up*), pues se refiere a un momento previo a la misma¹³⁹⁹. No obstante, esta perspectiva preconcursal puede resultar confusa.

Si partimos de este concepto de insolvencia probable (*likely*) defendido por un sector de la doctrina¹⁴⁰⁰, se estarían adelantando los efectos de la responsabilidad por insolvencia a una fase de proximidad a la insolvencia donde ello no es más que probable, con los correspondientes problemas que tienden a desincentivar el salvamento, ahogando las posibles actuaciones de los administradores. Cuando la norma inglesa se refiere a “*perspectivas de evitar la insolvencia*” (*prospect ... avoid ... insolvent liquidation*) estamos ante una noción indeterminada que no tiene porqué ser incompatible un concepto dinámico de insolvencia, sino también útil a la hora de configurar un concepto amplio y dinámico de insolvencia de fondo¹⁴⁰¹, pues tanto desde una perspectiva como de otra, el punto de inflexión es susceptible de converger en uno mismo, es decir, en la crisis irreversible¹⁴⁰² de la sociedad, pues habrá que estarse a las circunstancias de cada caso concreto, y no sólo en función de datos numéricos, sino también de las especiales circunstancias que van a determinar la viabilidad de las expectativas económicas de futuro.

¹³⁹⁶ VIÑUELAS SANZ. *Responsabilidad...* ob cit p.140

¹³⁹⁷ VIÑUELAS SANZ “Insolvencia...”ob cit p.313-314

¹³⁹⁸ FLETCHER “Cuatro...”ob cit p. 51; OMAR “European initiatives...” ob cit p. 244; BRUNET, Delphine. “La protección...” ob cit p. 10.

¹³⁹⁹ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés...” ob cit. p. 257. PENNINGTON. *Directors’...*ob cit p.193. ; RYAN C. *Company...*ob cit. p. 64.

¹⁴⁰⁰ Por todos vid. FLETCHER, *The law of insolvency...* ob cit p.708

¹⁴⁰¹ PULGAR EZQUERRA *La declaración...*ob cit p. 319-322; DUQUE DOMÍNGUEZ, “Sobre el concepto básico...” ob cit p. 1010. Sobre el concepto amplio de insolvencia vid SUÁREZ LLANOS “El presupuesto objetivo...” ob cit p. 40; FERNÁNDEZ DEL POZO, “Sobre la preconcursalidad...” ob cit p. 16-17 ; ALONSO UREBA “Art. 172.3...” ob cit p. 1437.

¹⁴⁰² En tal sentido VELASCO, cuando dice que hay que diferenciar entre supuestos de meras dificultades, de aquellos de auténtica “*crisis ya irreversible*” (en “La acción...” ob cit p. 186), lo que denota la compatibilidad del criterio de insolvencia de fondo y de crisis irreversible.

La cuestión no es tanto determinar el ámbito del precurso, es decir, determinar el ámbito previo a la insolvencia hasta el que ha de llegar la norma, sino más bien ahondar en la determinación del concepto de insolvencia y ampliarlo según el caso, dentro del régimen concursal, dada la naturaleza de la norma. Por tanto, no estamos ante una norma preconcursal, lo que viene reforzado por el hecho de que es la propia *Insolvency Act* la que regula los presupuestos objetivos (*cash-flow test* y *balance sheet test*) de la liquidación concursal (*winding up*) que es en el marco en el que surge la *wrongful trading* por mandato de la *Insolvency Act* (section 214.(1))¹⁴⁰³.

Por tanto, entendemos que la responsabilidad por *wrongful trading* es una norma de carácter concursal¹⁴⁰⁴, cuyo punto de inflexión lo marca la perspectiva de crisis irreversible, lo que genera el problema de su indeterminación¹⁴⁰⁵. Pero es que este problema de indeterminación, es el mismo problema típico con que se enfrentan los juristas y economistas, en los sistemas continentales, de la determinación de cuál debe ser el presupuesto objetivo del concurso, y por tanto, en qué momento empieza el deber conservativo del administrador, en aras de proteger el interés de los acreedores. Ello supone que los problemas de indeterminación de los presupuestos objetivos de aplicación del *wrongful trading*, son los mismos problemas de indeterminación del presupuesto objetivo del concurso en nuestro derecho, y por tanto de la responsabilidad concursal. De ahí que un amplio sector de la doctrina trate de concebir la insolvencia actual como un concepto dinámico, en el que se tenga en cuenta las perspectivas particulares y especiales características de cada caso concreto, y las expectativas de recuperación¹⁴⁰⁶. Y así concebido supone un claro acercamiento al planteamiento anglosajón relativo a las perspectivas razonables de recuperación de la *section 214 Insolvency Act*.

Por todo ello, entendemos que es la insolvencia de fondo (en un sentido dinámico), entendida como crisis irreversible, la que marca el punto de inflexión o zona fronteriza en que los deberes de información y conservación patrimonial, pasan a estar orientados directamente a la protección de los acreedores. Es decir, a partir de ese momento comienza un deber activo de informar de la situación patrimonial, y de conservación, pues ello determina el presupuesto objetivo del concurso.

c) La asunción de riesgos en el salvamento de la sociedad

Cuando la crisis comienza a manifestarse y se advierte la posibilidad de un naufragio empresarial, los accionistas estarán dispuestos a asumir riesgos superiores a medida que la crisis se vaya agravando, pues tratarán de salvar la inversión realizada, a medida que se va perdiendo. Ello se produce a costa del patrimonio social y por tanto de los créditos que de dicho patrimonio dependen. Los accionistas estarán dispuestos a

¹⁴⁰³ DAVIES, P. *Gowers principles...* ob cit p. 153. En tal sentido DOYLE, Louis G. *Insolvency Litigation*. ... ob cit p. 169.

¹⁴⁰⁴ PENNINGTON. *Directors'* ...ob cit p.193. RYAN C. *Company...* ob cit. p. 64

¹⁴⁰⁵ OMAR "European initiatives..." ob cit p. 244.

¹⁴⁰⁶ PULGAR EZQUERRA *La declaración...* ob cit p. 319-322; DUQUE DOMÍNGUEZ, "Sobre el concepto básico..." ob cit p.1010. vid SUÁREZ LLANOS "El presupuesto objetivo..." ob cit p. 40; FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. "La preconcursalidad..." ob cit p.16-17, ALONSO UREBA "Art. 172.3..." ob cit p.1437 y ss.

arriesgar¹⁴⁰⁷ en inversiones subóptimas, de alto riesgo, etc. por lo que se irá produciendo en ciertos casos un desplazamiento del riesgo del socio al acreedor a medida que se agrava la situación¹⁴⁰⁸.

En situaciones previas a la insolvencia, si la crisis aún no es irreversible, nada justifica velar por otros intereses más allá del interés de la sociedad, por lo que el interés social marcará la actuación del administrador en función del juicio empresarial. Si la situación de crisis aún no es irreversible, y no se puede considerar que exista una insolvencia de fondo -considerando las perspectivas de recuperación- no se puede afirmar que exista un desplazamiento del riesgo, pues todavía existe un patrimonio social sobre el que recae el riesgo de las inversiones. De desplazamiento del riesgo sólo se puede hablar cuando la crisis es irreversible y el accionista ha perdido toda su inversión, y no le importa arriesgar para recuperar su inversión o al menos obtener alguna cuota de liquidación. Por tanto cuando la crisis aún no es irreversible, el administrador deberá perseguir el interés social (226 LSC). En caso de que se asuman inversiones arriesgadas dentro de lo razonable, no responderá de los malos resultados, si su actuación supera el buen juicio empresarial de la gestión realizada. Este es el administrador diligente, que según el concepto del deber de diligencia del derecho anglosajón (*standard of care*) se sistematiza en la regla *Business Judgment Rule*, juicio de valor sobre la actuación del administrador, que no tiende a juzgar *ex post* los frutos de la inversión¹⁴⁰⁹, ni tiende a ser un juicio de resultados sino de medios, valorando la concurrencia de tres presupuestos esenciales¹⁴¹⁰: (i) si el administrador ha actuado informado (art. 225.2 LSC), (ii) actuación acorde a la buena fe (art. 227-231 LSC), y (iii) en persecución del interés social (art. 226 LSC), es decir, lo que en nuestro ordenamiento se denominan deberes de diligente administración del Capítulo III del Título VI de la LSC¹⁴¹¹.

Por su parte y de forma independiente los acreedores dispondrán de los mecanismos de reintegración de la masa activa para el caso de que dicha gestión en crisis haya resultado infructuosa, pero ello no prejuzga la diligencia del administrador que se debe al interés social en tanto en cuanto existan perspectivas de recuperación.

¹⁴⁰⁷ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

¹⁴⁰⁸ PAZ-ARES, C. “La Infracapitalización...” ob cit p. 259; ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p. 449-450.

¹⁴⁰⁹ GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 311, que se refiere al deber de diligencia como una obligación *ex ante*, que será valorada *ex post* por el órgano judicial sobre la base de los tres criterios concurrentes.

¹⁴¹⁰ FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...>>” ob cit. p.1727 y ss

¹⁴¹¹ HERNANDO CEBRIA, El deber de diligente...ob cit p. 141 y ss; GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310, propuesta de la *American Legal Institute* (ALI) en su proyecto de gobierno corporativo de 1994.

CAPÍTULO CUARTO.

EL CONCEPTO DE INTERÉS SOCIAL COMO

FIN DE LA ACTIVIDAD GESTORA DE LAS

SOCIEDADES EN CRISIS.

I. EL INTERÉS SOCIAL Y LA CRISIS EMPRESARIAL. 1. El interés social como interés más allá de los socios en la proximidad a la insolvencia. 2. El interés social en la empresa en crisis desde una aproximación al Análisis Económico del Derecho. A. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO COMO TEORÍA DEL DERECHO. B. INADECUACIÓN DE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONALISTA DEL INTERÉS SOCIAL DESDE EL AED. *a) Sobre el reparto contractual del riesgo. b) Desde el punto de vista de la utilidad. c) Sobre la elevación de los costes de agencia.* 3. El concepto de interés social ante la crisis empresarial en el derecho anglosajón. A. EL DEBER DE PROMOVER EL ÉXITO DE LA COMPAÑÍA. B. EL DEBER DE TENER EN CUENTA LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES. C. LA REGLA DEL BUEN JUICIO EMPRESARIAL EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA. 4. Interés social y derecho de sociedades en la legislación española. A. EL ARTÍCULO 226 LSC: EL INTERÉS SOCIAL COMO INTERÉS DE LA SOCIEDAD. B. INTERÉS SOCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL. 5. Los inconvenientes del concepto amplio del interés social. A. INTERÉS SOCIAL Y LEX SOCIETATIS. B. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO. C. INTERÉS SOCIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA. *a) Libertad de empresa vs función social de la propiedad. b) Libertad de empresa e interés social. c) Límites constitucionales y derecho de sociedades.* D. EL INTERÉS SOCIAL Y EL INTERÉS CONCURSAL. *a) la contradicción del concepto plural de interés social en crisis. b) La protección del acreedor en la proximidad a la insolvencia como fin concursal. c) Interés concursal y preconcursal.* E. LA ALINEACIÓN DE INTERESES EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA: INTERÉS SOCIAL E INTERÉS DE LOS ACREEDORES *a) Intereses de los socios y acreedores como intereses incompatibles. b) Problemas de compatibilizar intereses. c) La adopción de medidas incompatibles con el interés social.* F. INTERÉS SOCIAL, CREACIÓN DE VALOR Y MAXIMIZACIÓN DEL VALOR DE LA EMPRESA. **II. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS.** 1. Los deberes del administrador como *deberes fiduciarios*. 2 El deber de protección del acreedor en la proximidad a la insolvencia. A. DEBERES PRECONCURSALES EX LEGE. B. DEBERES PRECONCURSALES DEL ADMINISTRADOR COMO PARTE CONTRACTUAL. 3. Inadecuación del interés social como mecanismo de defensa del acreedor ante la proximidad a la insolvencia. A. EL PREDOMINIO DE LA PERSPECTIVA CONTRACTUALISTA. B. LA ATENCIÓN DE OTROS INTERESES EN CRISIS SOBRE LA BASE DE LA BUENA FE

I. EL INTERÉS SOCIAL EN LAS SOCIEDADES EN CRISIS.

1. El interés social como interés más allá de los socios en la proximidad a la insolvencia.

El problema de determinar si la definición de interés social comprende a otros grupos de interés distinto al de los socios, es un problema complejo de larga discusión doctrinal, que generalmente se ha circunscrito alrededor del debate que ha enfrentado a las concepciones institucionalistas y contractualistas de la sociedad mercantil¹⁴¹². El problema surge de la necesidad que se ha planteado¹⁴¹³ de crear un cierto ámbito de protección del acreedor ante la crisis empresarial. En las situaciones de proximidad a la insolvencia (donde todavía no se dan los presupuestos objetivos del concurso, es decir, la insolvencia no actual sino previsible), existe un riesgo inminente para la viabilidad empresarial de la sociedad, y con ello para el buen fin de los compromisos adquiridos por ésta, donde no existe una protección real (más allá de las normas de naturaleza obligacional), pues no han entrado en juego los mecanismos de protección concursal. Por ello, aunque el interés concursal todavía no ha sustituido al interés social, surge la cuestión que plantea la necesidad de crear cierto ámbito de protección, dado el riesgo que genera una “*huida hacia delante*” por parte de los administradores¹⁴¹⁴, con el potencial perjuicio de una pluralidad de intereses. La cuestión descansa en la justificación de la eventual actuación protectora del administrador frente a los acreedores en peligro, como una actuación protegida por una concepción amplia del interés social.

La idea de la protección preconcursal¹⁴¹⁵ sobre la base del interés social¹⁴¹⁶, se ha planteado atendiendo sobre todo a la normativa de *wrongful trading*¹⁴¹⁷, donde parece advertirse una responsabilidad del administrador que atiende a minimizar los perjuicios de los acreedores en las situaciones de proximidad a la insolvencia¹⁴¹⁸. Ello se traduce en la obligación del administrador de minimizar las pérdidas potenciales de los acreedores cuando deba prever que el naufragio de la empresa será inevitable¹⁴¹⁹. En este sentido, desde la doctrina española, algún autor¹⁴²⁰ ha entendido que dicho

¹⁴¹² ESTEBAN VELASCO *El poder de decisión...* ob cit p. 583 y ss; MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 111, POLO SÁNCHEZ, Eduardo. “Responsabilidad de administradores. ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales? En AAVV, *I congreso nacional de derecho mercantil*. Madrid: Cívitas, 2007. p. 396; HERNANDO CEBRIÁ, L. *El deber...* ob cit p. 40.

¹⁴¹³ MARIN DE LA BÁRCENA, “El concepto de interés social...” ob cit p. 256 y ss plantea la cuestión de la protección de los acreedores ante la proximidad a la insolvencia sobre la base de un concepto pluralista del interés social.

¹⁴¹⁴ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79; BERMEJO GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ PINEAU, “Normas de protección...” ob cit p. 6.

¹⁴¹⁵ FLETCHER “Cuatro décadas...” ob cit p. 55-56.

¹⁴¹⁶ MARIN DE LA BÁRCENA, “El concepto de interés social...” ob cit p. 256 y ss.

¹⁴¹⁷ DAVIES, *Growers Principles...*, ob cit p. 153 y 154; OMAR, P. “The European initiative...” ob cit p. 240-241.

¹⁴¹⁸ Sobre el carácter preconcursal del *wrongful trading* se pronunció el *Final Report* de *The Company Law Review Steering Group* de 26-07-2001, sobre la necesidad de extender la protección a situaciones más allá de la certeza de insolvencia, es decir a situaciones de mera amenaza (*threatened by insolvency*), vid VIÑUELAS SANZ “Insolvencia...” ob cit p.313. KEAY, A. “The Director’s Duty...” ob cit. 320 y ss.

¹⁴¹⁹ FLETCHER, I. “Cuatro décadas...” ob cit p. 51, considerado como una responsabilidad por continuación indebida de la actividad.

¹⁴²⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA, F. “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 111.

planteamiento anglosajón, trasladado a nuestro ordenamiento, debe redirigirse al ámbito del interés social, y concretamente en lo referente a la definición de los deberes de diligencia del administrador, de tal forma que una actuación que proteja a los acreedores en situaciones de riesgo de insolvencia, no pueden considerarse como actos ilícitos del administrador sujetos a responsabilidad por el perjuicio causado a los accionistas o la sociedad, pues la protección de aquellos en perjuicio de éstos entraría dentro del marco de la buena administración del art. 225 y ss LSC.

Esta perspectiva anteriormente expuesta, se orienta necesariamente a una construcción pluralista del interés social, cuya influencia se deja ver en la última década en algunos ámbitos doctrinales que han tenido su reflejo en diferentes reformas legislativas. La más representativa de dicha orientación ha sido la reforma de la *Company Act* de 2006, que ha reconocido la necesidad de que el administrador en el diligente desempeño de su cargo tome en consideración otros intereses más allá del de los propios socios¹⁴²¹ -como por ejemplo el de los empleados, consumidores, proveedores, acreedores, o incluso otros de carácter público como el respeto por el medio ambiente, etc¹⁴²²-. Esta tendencia, supone un cambio esencial en la consideración del modelo societario, sobre todo en su aspecto funcional. En tal sentido ESTEBAN VELASCO considera la existencia de un cambio de concepción de la sociedad que va desde “*un sistema estructuralmente monista de intereses y funcionalmente orientado al accionista per se*”, hasta el sistema que se va imponiendo en algunos sectores y ordenamientos, definido como un “*sistema estructuralmente monista de intereses pero funcionalmente abierto a otros grupos de intereses*”¹⁴²³.

Esta apertura permite plantearse la protección de los acreedores ante situaciones previas a la insolvencia donde todavía no se ha abierto el proceso concursal. Al existir una situación de dificultad, son los acreedores los perjudicados de determinadas tomas de decisiones que se encaminan a recuperar la inversión de los socios (inversiones arriesgadas u ocultación de determinadas informaciones..., etc.)¹⁴²⁴. Desde esta perspectiva, en tales casos en que el administrador debe decidir entre el interés de los socios y el de los acreedores, una concepción institucional del interés social habilita a tomar en consideración dichos intereses dignos de protección sin que ello desencadene en una responsabilidad personal frente a los accionistas. El argumento a través del que se pretende encauzar esta perspectiva pluralista es a través de la idea de la función social de la propiedad. Si bien es cierto que el artículo 33 de la Constitución hace cierta mención a la función social de la propiedad¹⁴²⁵ (cuyo contenido se delimitará “*de acuerdo con las leyes*”), no obstante, se ha discutido bastante acerca de si el sentido del

¹⁴²¹ Section 172 *Company Act 2006*.

¹⁴²² Como señala HERNÁNDO CEBRIÁ las formulaciones legislativas no terminan de ser del todo esclarecedoras, “*El legislador, con la fórmula retórica de identificar el interés social con el interés de la sociedad, parece haber intentado sino conseguido, conciliar ambas formulaciones*”. HERNÁNDO CEBRIÁ, L. *El deber...* ob cit p. 40.

¹⁴²³ ESTEBAN VELASCO, “*Algunas reflexiones...*” ob cit p. 42.

¹⁴²⁴ MARÍN DE LA BÁRCENA, “*El concepto de interés...*” ob cit p. 271.

¹⁴²⁵ La Sentencia del Tribunal Constitucional 37/1987 trata de definir el derecho de propiedad: “*la Constitución reconoce un derecho a la propiedad privada que se configura y protege, ciertamente, como un haz de facultades individuales sobre las cosas, pero también, y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidos, de acuerdo con las Leyes, en atención a valores o intereses de la colectividad, es decir, a la finalidad o utilidad social que cada categoría de bienes objeto de dominio esté llamada a cumplir. Por ello, la fijación del “contenido esencial” de la propiedad privada no puede hacerse desde la exclusiva consideración subjetiva del derecho o de los intereses individuales que a éste subyacen, sino que debe incluir igualmente la necesaria referencia a la función social, entendida no como mero límite externo a su definición o a su ejercicio, sino como parte integrante del derecho mismo. Utilidad individual y función social definen, por tanto, inescindiblemente el contenido del derecho de propiedad sobre cada categoría o tipo de bienes (STC 37/1987).*”

texto fundamental es tan amplio como el que se le ha querido dar¹⁴²⁶, habiendo quien indica que se trata más bien cierta especie de reserva de ley a la potestad expropiatoria¹⁴²⁷. En cualquier caso, si bien la interpretación de su alcance -de alto contenido ideológico- será en gran medida una cuestión de oportunidad política, no obstante, la fundamentación jurídica de un interés social pluralista basado en un principio de tan difusa delimitación puede resultar forzado y artificioso.

2. El interés social en la empresa en crisis desde una aproximación al Análisis Económico del Derecho

El sorprendente avance en las últimas décadas de ciertas disciplinas económicas, como la economía de la empresa o la economía del bienestar, han influido en el derecho con el desarrollo de un tipo de análisis basado en la alineación entre justicia y eficiencia, dando lugar a las tesis del *Economics & Law*¹⁴²⁸, especialmente en el derecho privado (fundamentalmente derecho de obligaciones y responsabilidad extracontractual)¹⁴²⁹. De esta manera no es de extrañar la fuerte incidencia de dichas tesis en materia de interés social, donde los sectores de la doctrina que ha venido defendiendo una posición más contractualista de la sociedad, han encontrado un favorable caldo de cultivo y desarrollo en los planteamientos del método del Análisis Económico del Derecho. Por ello en el acercamiento al debate entre contractualismo e institucionalismo resulta necesario hacer un acercamiento a las posturas del Análisis Económico al respecto.

A. APROXIMACIÓN AL ANÁLISIS ECONÓMICO COMO TEORÍA DEL DERECHO

El estudio de las normas jurídicas a través de los instrumentos de la economía (*Law & Economics*)¹⁴³⁰ tiene su origen en Estados Unidos, cosa que no es de extrañar

¹⁴²⁶ RUIZ MUÑOZ “Un apunte crítico...” ob cit p. 158, desde una posición crítica expone como las posiciones que pregonan una nueva cultura empresarial se ha intentado identificar la función social de la propiedad con la función social de la empresa, para justificar un interés pluralista acorde a la RSC/E.

¹⁴²⁷ Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos Fundamentales*. 3ª edición. Thomson-Civitas: Navarra, 2008. p.530.

¹⁴²⁸ Fundamentalmente Richard POSNER, ob cit.

¹⁴²⁹ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 80 indica que los campos de investigación que más han influido en el derecho de sociedades, son la teoría financiera, la teoría organizativa, economía de la información, comportamientos económicos, y *economics and law* (análisis económico del derecho).

¹⁴³⁰ Se reivindica la argumentación económica, como teoría jurisprudencial, donde el juez debe aplicar justicia en términos de eficiencia. Se dice que con la argumentación dogmática como instrumento de aplicación del derecho, el juez hace juicios subjetivos de equidad -*ex post*-, no basados en un criterio objetivo, y produciendo un efecto redistributivo (justicia distributiva) y esa no es la función que ha de desempeñar el poder judicial. El juez, según la doctrina económica, no debe reasignar, sino hacer juicio de eficiencia, las decisiones judiciales se han de realizar desde una posición objetiva *ex ante* (POSNER, ob cit p. 31 que argumenta por la preferencia de la perspectiva *ex ante* de los economistas en el sentido de que las personas basan sus decisiones racionales en expectativas de futuro “*antes que lamentarse del pasado*”), mediante un cálculo de eficiencia -se produce una equiparación de justicia con eficiencia- que se determina mediante la determinación de aquella que hubieran pactado las partes en caso de haber previsto la contingencia (pues dicho pacto es eficiente en función de la elección racional de los sujetos) mediante la utilización de diversos criterios tales como la asignación del derecho a quien más lo valore, o a quien tuvo peor posición a la hora de gobernar el riesgo, etc...-, llegando a determinar una regla de carácter general que sea aplicable

por un lado, por el espíritu liberal que históricamente ha inspirado a la sociedad americana¹⁴³¹, y por otro, porque en el derecho anglosajón los códigos (*statutes*) no han tenido nunca un papel relevante, en la aplicación jurisprudencial del derecho¹⁴³², basada más en la aplicación de principios y en el precedente (*stare case*). Los planteamientos del análisis económico del derecho han desplegado su influencia en España paralelamente al proceso de adopción y desarrollo del *corporate governance*. La influencia de esta corriente se advierte, en un primer momento, en el incipiente proceso que tiene lugar en toda Europa, y que se plasma en nuestro país con la elaboración del Código Olivencia, donde se deja notar la influencia de PAZ-ARES como de uno de los máximos impulsores del análisis económico en España, por su participación como miembro de la comisión (junto con OLIVENCIA que como director da nombre al propio informe). Dicha influencia se deja ver en tres pilares fundamentales en los que se asienta el Código: (i) en la regla de creación de valor para el accionista (*shareholder value*) como criterio inspirador del interés social, (ii) la autorregulación, y (iii) la estructura monista del consejo de administración¹⁴³³. Junto a ello se adopta el principio de “cumple y explica” (*comply or explain*), todo ello de clara inspiración anglosajona que supone un acercamiento a tal derecho frente a la tradicional concepción continental, basada en el carácter imperativo del derecho y de un predominante sistema dual del consejo de administración¹⁴³⁴. Por lo que a nuestro objeto interesa, la regla de la maximización del valor de la acción (*shareholder value*), constituye un elemento esencial del análisis económico, (desde su posición contractualista que ya se ha hecho referencia), a la que habrá que sumar, para completar nuestro análisis, la perspectiva de la relación extrasocietaria (sociedad-acreedores), en nuestro análisis de los deberes del administrador.

En materia de crisis empresarial el análisis económico se presenta como instrumento importante dada la carga económica y financiera de la materia a la hora de suministrar los criterios que van a determinar el momento de la efectiva insolvencia empresarial. Es sabido que dicho análisis del derecho consiste, esencialmente, en analizar las normas y su aplicación de acuerdo a criterios económicos¹⁴³⁵, criterios que surgen a partir del desarrollo de una de las ramas de la microeconomía: “la economía del bienestar”, que se ocupa del estudio de los efectos de las medidas económicas sobre el bienestar social¹⁴³⁶, a través del criterio de la eficiencia (“óptimo de Pareto”)¹⁴³⁷,

a todos los casos, y no suponga un prejuicio respecto al caso concreto. Ello hará que dicha Jurisprudencia será observada por los particulares, que la tomarán como patrón de eficiencia, en sus relaciones, que en caso de valorar los derechos de manera distinta los traspasarán de forma eficiente (PAZ-ARES, “Principio de eficiencia...” ob cit p. 2849-2850, sabiendo de antemano la asignación judicial de derechos las partes podrán pactar otra regla más adecuada a sus preferencias particulares), en caso de que sean disponibles o divisibles si así lo estiman conveniente, y tal y como establece el Teorema de Coase.

¹⁴³¹ VELASCO SANPEDRO “El gobierno...” ob cit p. 3012 y ss.

¹⁴³² ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas...” ob cit p. 6

¹⁴³³ PAZ-ARES, “El gobierno de las sociedades...” ob cit p. 1806.

¹⁴³⁴ Alemania, Francia, Italia, etc. Aunque en algunos de ellos la ley de sociedades permite elegir entre un sistema monista o dualista de administración como por ejemplo en el caso francés.

¹⁴³⁵ Pese a que todas las ramas del derecho son susceptibles de análisis económico, es en el ámbito jurídico-privado donde ha entrado con más fuerza, donde los particulares como operadores del mercado son los destinatarios de las normas que han de ser aplicadas en términos de eficiencia. El Derecho Privado Occidental, indica ALFARO, es la institucionalización de la economía de mercado, donde las instituciones jurídicas están al servicio de los particulares (ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas...” ob cit p. 2 y 4).

¹⁴³⁶ Partiendo de la escasez de los recursos, la economía del bienestar estudia la asignación de dicha utilidad, o maximización de la utilidad, (POSNER, ob cit p. 25 y ss), lo que implica una visión de la vida y del hombre a través del cristal de la economía mediante los costos como sinónimo de sacrificio, en el sentido de que toda elección tiene un coste, en lo que se basa la actuación humana (la pena de un crimen como coste, el tiempo que se utiliza ocupado en algo como coste de oportunidad, etc...), y por ello basada en la elección racional de los individuos.

como patrón de valoración. El análisis económico del derecho parte del Teorema de Coase según el cual cuando los costes de transacción sean bajos los derechos de propiedad (en el sentido de recursos)¹⁴³⁸ tenderán a quedar en las manos de quien más los valore, que será aquel que prevea extraer mayor utilidad¹⁴³⁹. Por ello, lo importante es que los derechos estén claramente asignados por el Ordenamiento a fin de que pueda operar el intercambio eficiente¹⁴⁴⁰, que conduce a una perspectiva, esencialmente neoliberal, basada en la autosuficiencia del mercado como mecanismo de maximización del bienestar social¹⁴⁴¹.

Algunos críticos al Análisis económico lo acusan de presentar un sesgo político conservador por su vinculación ideológica al neoliberalismo¹⁴⁴². También se dice desde algunos sectores que es un análisis reduccionista, ya que la aplicación de justicia en términos de eficiencia, implica dejar consideraciones que van más allá de lo estrictamente económico¹⁴⁴³. Se dice que esta técnica basada en la eficiencia como criterio objetivo, es una técnica tramposa, pues tiende a confundir los planos de la economía positiva y normativa, ya que la economía del bienestar en la que se basa el análisis económico es una teoría necesariamente normativa que no puede estar exenta de realizar juicios de valor, por ello no puede afirmarse que la eficiencia sea un criterio objetivo y puramente técnico exento de juicios de valor¹⁴⁴⁴. Otra crítica que se ha

¹⁴³⁷ “Óptimo de Pareto” o eficiencia paretiana, que en la asignación de recursos hace referencia a la propiedad de que no es posible mejorar el bienestar de ninguna persona sin empeorar la situación de otra. Sobre economía del bienestar y eficiencia, según STIGLITZ, J La economía del sector público. 3ª ed, Madrid: Bosch, p.69 y ss. Hoy día está más aceptado por autores el concepto de eficiencia de KALDOR y HICKS, o “superioridad potencial de Pareto” basada en la maximización de la riqueza, considerando asignaciones eficientes, aquellas que aunque causen un perjuicio, siempre que el daño que genera sea inferior a la riqueza que genera, pues siempre podrá ser compensado, resultando eficiente para todas las partes. Éste se considera más acorde a la realidad, pues casi siempre habrá algún perjuicio para alguien, por ello se prefiere la maximización de la riqueza, independientemente de la posible compensación del dañado. POSNER, R. ob cit p.39

¹⁴³⁸ Se debe a Coase la introducción y definición del término “derechos de propiedad”, en su sentido económico, esto es, en un sentido no coincidente a su significado jurídico como derecho real, sino en una perspectiva más amplia, haciendo referencia a la utilidad de los recursos. POSNER ob cit 68

¹⁴³⁹ El Teorema de Coase (Ronald H. Coase) implica que siempre que los costes de transacción no sean elevados prevalecerá siempre la solución eficiente ya que mediante el intercambio voluntario del mercado acabará en las manos que le de más valor y esto es aquellas que prevean un mayor rendimiento, lo que conduce a la maximización de la eficiencia, POSNER ob cit p.34 y ss; PAZ-ARES, “Principio de eficiencia...” ob cit p. 2853 y ss. El Teorema de Coase fue formulado en “*The Nature of the Firm*”, 1937, y el artículo “*the problem of social cos*” de 1960 donde introduce el principal esfuerzo de aplicación al Derecho, junto con CALABRESI “*Some Thoughts on Risk Distribution and the Law of Torts*”, (en POSNER ob cit p.56) que luego será desarrollado y aplicado de forma sistemática a la generalidad de Derecho por POSNER.

¹⁴⁴⁰ PAZ-ARES “Principio de eficiencia...” ob cit p. 2857, respecto de las tesis de Coase.

¹⁴⁴¹ VELASCO SAN PEDRO “El gobierno...” ob cit p. 3014, respecto de la vinculación del derecho societario con el análisis económico del derecho, que puede “*coadyuvar junto con otros criterios, a una elaboración y una aplicación más racional del derecho*” en su defensa más extrema conduce a identificar los objetivos de la economía y los del derecho “axiológicamente cuestionable”

¹⁴⁴² El propio POSNER reconoce que no todo el análisis económico presenta un sesgo marcadamente liberal, vid POSNER, R. ob cit p. 61. KELMAN, M A *Guide to Critical al Legal Studies Cambridge* (Massachusetts) 1987, cit por GONDRA, José María. “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (a propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la “eficiencia económica”)”. En *Revista de derecho mercantil*, 1997, nº 226, p. 1562, vid pie de página 15, donde se pone de manifiesto su impregnación de una ideología profundamente conservadora.

¹⁴⁴³ Se ha dicho en este sentido, que la justicia es algo más que economía y que hay cosas eficientes que ofenden el sentido de la justicia (los pactos suicidas, la discriminación privada, el sacrificio del inocente o más débil, obligar a declarar contra sí, la tortura, la venta de bebés, la legalidad del chantaje, reducción de las condenas por riesgo...). vid. GONDRA, José María. “¿Tiene sentido impartir ...” ob cit p. 1634 y 1642 y ss. (“*Ni los espacios sagrados de la libertad individual, ni el valor propio de la dignidad del hombre, ni la protección de los más débiles, tiene una posición asegurada frente al valor supremo de la eficiencia económica*” ob cit p. 1672). También el propio POSNER reconoce la necesidad de diferenciar ambos campos POSNER ob cit p. 62.

¹⁴⁴⁴ GONDRA “La Teoría contractual...” ob.cit. p.1208. Indica que la economía del bienestar es necesariamente normativa, y sus pretensiones de ser ciencia positiva suponen una confusión del “ser” con el “deber ser”, ya que se

realizado es que esta teoría está sometida a contrastación empírica escasamente fiable, dado que los resultados de su contrastación queda sometido a interpretaciones muy dispares¹⁴⁴⁵.

Puede entenderse que la visión de la economía sobre el sistema legal es limitada, pero como indica POSNER¹⁴⁴⁶ “*puede pronosticar el efecto de las reglas legales sobre el valor y la eficiencia en sus sentidos técnicos estrictos, y sobre la distribución del ingreso y la riqueza existente*”. En este sentido, este método ha servido como un criterio argumentativo más, que a priori no se debe rechazar para aclarar un conflicto de valores. Y es que, si la atracción del Análisis Económico del Derecho para los juristas es grande ello se debe esencialmente a la posibilidad de estudiar y aplicar las normas mediante un criterio estrictamente científico y racional, medible con criterios empíricos y de modo objetivo y formal, a través del criterio de la eficiencia¹⁴⁴⁷. No obstante, la brecha abierta con este nuevo enfoque es grande¹⁴⁴⁸ y excede con mucho lo que aquí se pretende, que no es más que tratar de adoptar una perspectiva económica de la problemática planteada.

B) INADECUACIÓN DE LA PERSPECTIVA INSTITUCIONALISTA DEL INTERÉS SOCIAL DESDE EL AED.

a) Sobre el reparto contractual del riesgo

En un negocio jurídico, desde una perspectiva contractualista, podemos afirmar que el riesgo forma parte del precio del contrato, como elemento susceptible de ser negociado por las partes¹⁴⁴⁹, y por ello, que la información y transparencia de la voluntad de los contratantes adquieren una gran importancia. En este sentido, desde la perspectiva del análisis económico, se afirma que no debe haber una responsabilidad de los socios o de los administradores de una sociedad, por una eventual estructura de infracapitalización¹⁴⁵⁰, pues las partes como contratantes diligentes han de analizar y saber con quién y cómo contratan, y a qué se exponen, salvo en los casos de pequeños acreedores que carecen de fuerza negociadora y capacidad para monitorear el riesgo y los acreedores extracontractuales por la razón obvia de la involuntariedad de su relación¹⁴⁵¹. Por ello, la buena fe contractual y la información veraz a los acreedores se

emplean términos como “equilibrio”, “óptimo” o “eficiencia”, que no pueden tener una proyección positiva por su indeterminación.

¹⁴⁴⁵ GONDRA “La Teoría contractual...” ob.cit. p. 1213-1214.

¹⁴⁴⁶ Entiende POSNER que algo tienen los economistas que decir acerca del grado de igualdad (POSNER ob cit p. 42).

¹⁴⁴⁷ Ante la imposibilidad de definir objetivamente la justicia el Análisis Económico del Derecho encuentra la sustitución o identificación de justicia con eficiencia). ALFARO ÁGUILA-REAL, “Los juristas...” ob cit p. 2 y ss.

¹⁴⁴⁸ GONDRA “La Teoría contractual...” ob cit p.1175, pues *economics and law* supone un nuevo cambio de paradigma en el derecho de sociedades, que viene a desprestigiar toda la dogmática jurídica tradicional sobre la que se ha construido históricamente el derecho.

¹⁴⁴⁹ Díez-PICAZO *Fundamentos...* ob cit p. 215-216.

¹⁴⁵⁰ PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 260.

¹⁴⁵¹ Sobre los argumentos a favor de una responsabilidad por infracapitalización vid OTXOA ERRARTE *La responsabilidad de los socios...* ob cit. p.

presentan como instrumentos esenciales en el desarrollo de la autonomía de la voluntad en el desenvolvimiento del mercado (y como manera de eliminar externalidades)¹⁴⁵².

Por todo ello, afirmar la existencia de un deber del administrador encaminado a velar por el interés del acreedor en los momentos de crisis empresarial, supondría una alteración de las reglas del reparto contractual del riesgo, pues el riesgo asumido por el acreedor ya ha sido satisfecho mediante la correspondiente prima de riesgo que se determina en el momento de la contratación. La insolvencia definitiva de la sociedad, salvo la existencia de conductas negligentes o dolosas por parte del administrador, suponen el resultado infructuoso, pero cuya previsión supuso una elevación del precio contractual por prima de riesgo. Si se admitiera el interés del acreedor en los momentos previos a la insolvencia definitiva, se estaría satisfaciendo doblemente el interés del acreedor, una mediante la prima de riesgo y otra postergando el interés del accionista frente al acreedor en la situación de crisis previa a la insolvencia¹⁴⁵³.

b) Desde el punto de vista de la utilidad

Un concepto amplio de interés social implica de forma necesaria que el administrador debe decidir sobre cuál es el interés más digno de protección en cada momento, lo que eleva el nivel de discrecionalidad y con ello el peso del órgano dentro de la organización societaria. El criterio de la solución financiera (*shareholder value*)¹⁴⁵⁴ no tiene porqué ser necesariamente el mejor criterio, ni mucho menos el único, pues otros objetivos (p.e. generar valor a largo plazo, persecución de otros intereses externos,...) se insertan cada vez más, de forma voluntaria dentro de los objetivos empresariales como estrategia o fin de la de gestión como manifestación de la autonomía de la voluntad del socio contratante. Pero dichos objetivos, sea cuales fueran (siempre que sean lícitos) desde una perspectiva jurídica nos lleva a plantearnos si resulta correcto atribuir al administrador la potestad de decidir a *motu proprio* acerca de dicha cuestión, es decir, de alterar o fijar otros objetivos distintos a la maximización del valor de una entidad privada donde el ánimo de lucro se erige como la razón de su existencia como institución jurídica. Y en tal sentido parece ser que dicha opción sólo puede ser detenida por aquellos que son los titulares del patrimonio social, es decir los socios¹⁴⁵⁵. Por ello, dada la naturaleza patrimonial de la sociedad, y salvo que otra cosa dispongan los estatutos, o incluso que existan instrucciones concretas al respecto por parte de la junta, parece que el administrador no puede salirse de su función dentro del marco legal dada la naturaleza lucrativa de la sociedad, por lo que debe tratar de elevar el valor empresarial en su toma de decisiones, y desde un punto de vista objetivo, ello parece que será esencialmente a través de la elevación inminente del valor de la empresa, es decir, generalmente del precio de la acción, ya que el administrador deberá seguir aquellas pautas que hubiera seguido el socio de haber tomado éste directamente

¹⁴⁵² Incluso algún autor afirma la existencia de un auténtico deber de capitalización adecuada para hacer frente a los potenciales daños que una actividad pueda ocasionar a terceros PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 257.

¹⁴⁵³ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 641 y ss.

¹⁴⁵⁴ RAPPAPORT, *La creación de valor...* ob cit p. 25 y ss. Sobre las virtudes y problemas que plantea la llamada solución financiera vid. SANCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p.12 y ss.

¹⁴⁵⁵ Y por tanto por aquel órgano competente para decidir acerca de cuales son los fines de la sociedad, es decir la Junta general (art.160 c) LSC establece como competencia de la junta la modificación de los estatutos sociales).

dicha decisión. En tal sentido el interés social adquiere una función integradora¹⁴⁵⁶ del contrato societario, en función de la hipotética voluntad del socio, y para ello es necesario un criterio claro como es maximización del valor de la acción (*shareholder value*). Con dicho criterio se da cumplimiento a las exigencias del mercado, y de la necesidad de acomodar el diseño de la organización a los incentivos de las partes¹⁴⁵⁷. Todo ello no implica que el administrador no pueda seguir políticas compatibles con otros intereses o que sacrifique rentabilidades presentes por futuras, o postergue intereses actuales del socio en pro de perspectivas futuras de ganancia, pero ello ha de partir de si una determinada decisión hubiera sido lo que habrían elegido los socios de haber tomado ellos la decisión¹⁴⁵⁸, o de la existencia de instrucciones concretas¹⁴⁵⁹ contrarias a la maximización del interés social de aquellos quienes realizan la aportación y soportan el riesgo —es decir los socios—. La cuestión, desde una perspectiva contractualista no parte tanto por determinar qué criterio es el mejor a seguir, sino a quién le corresponde elegir el fin de la sociedad, pues el concepto de utilidad es subjetivo y no generalizable¹⁴⁶⁰, y por tanto, no le corresponde al administrador la modificación del ánimo de lucro de la institución que gestiona y representa.

c) Sobre la elevación de los costes de agencia

Desde una perspectiva del análisis económico, se ha dicho que el objeto del derecho de sociedades como derecho de organización¹⁴⁶¹ es la de minimizar los costes de agencia¹⁴⁶² en la organización, que se ponen de manifiesto como consecuencia de la necesaria estructura orgánica que requiere la sociedad para su funcionamiento. En ello surge el llamado problema del riesgo moral (*moral hazard*)¹⁴⁶³, supuesto donde el sujeto titular del órgano adopta decisiones sin ser él directamente quien sufra los riesgos de dicha decisión¹⁴⁶⁴. En tal sentido una interpretación institucionalista de la sociedad capitalista, que implícitamente supone un incremento de la hegemonía del control frente a la propiedad, podría ser susceptible de tender a incrementar dicho riesgo moral y por tanto a la consecuencia lógica de elevar los costes de agencia, además de el riesgo de desincentivo que supone que un administrador no sufrirá sanción alguna al desviar el interés social a otras esferas distintas a la de los propios accionistas. Perseguir otros intereses distintos al de los socios implica que el socio no elige el fin cuando si soporta la inversión y por tanto el riesgo, a la vez que el administrador tiene discrecionalidad en la decisión y carece de responsabilidad por los objetivos perseguidos. Este aumento del

¹⁴⁵⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL *El interés social...* ob cit p. 22.

¹⁴⁵⁷ PAZ-ARES, C. “El gobierno...” ob cit p. 1808, indica que existen tres razones fundamentales para apostar por el criterio financiero del interés social: las exigencias de los mercados, por tratarse de una directriz neta y clara, y cumbre la necesidad de acomodar el diseño de la organización a los incentivos de las partes, dado el carácter residual de la rentabilidad del accionista.

¹⁴⁵⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL *El interés social...* ob cit p. 22-26.

¹⁴⁵⁹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 99-100.

¹⁴⁶⁰ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 26.

¹⁴⁶¹ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades...* ob cit p. 61 alude al contrato como organización.

¹⁴⁶² Según PAZ-ARES se trata de una función facilitadora encaminada a rebajar los costes de agencia que entorpecen y dificultan las soluciones de equilibrio dentro de la empresa. PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 254.

¹⁴⁶³ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 630 y ss., PAZ-ARES “Principio de eficiencia...” ob cit p. 2869; BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos y Quiebra...* ob cit p. 33-34, existen dos formas de comportamiento estratégico como consecuencia de la asimetría informativa: el riesgo moral y la selección adversa (el deudor retiene la información para conseguir mejor negocio). ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* ob cit p. 141.

¹⁴⁶⁴ KEAY, A., *Company Directors’ Responsibilities to Creditors...* ob cit p. 183.

poder de control frente a la propiedad que implica una mayor desprotección del accionista minoritario, y desincentivo al inversor, es un argumento utilizado para que en base a criterios de eficiencia, desde el análisis económico se abogue por un criterio contractualista que imprima seguridad jurídica y tienda con ello a minimizar los costes de agencia¹⁴⁶⁵.

Al problema del incremento de la discrecionalidad de los administradores hay que sumar otro relativo al desincentivo a asumir riesgos. Si dentro del ámbito de intereses susceptibles de ser lesionados en su administración, se incluyen los de los acreedores sociales, así como los de cualquier otro grupo de interés, se corre el riesgo de desincentivar al administrador, por un lado a la asunción de riesgos razonables –y cuya excesiva aversión al riesgo puede desembocar en el fracaso definitivo de la sociedad–, y por otro lado, el desincentivo a que las individuos más competentes asuman el cargo de administrador de las compañías.¹⁴⁶⁶

3. El concepto de interés social ante la crisis empresarial en el derecho anglosajón

A. EL DEBER DE PROMOVER EL ÉXITO DE LA COMPAÑÍA

En marzo de 1998, el *Department for Business, Enterprise and Regulatory Reform* (antes *The Department of Trade and Industry*) inició un programa de modernización del derecho societario (*Company Law Review*), que desembocó en la *Companies Act*. Dicha norma supuso una importante modificación legislativa, sobre todo en lo referente a los deberes de los administradores, donde se inicia un debate acerca de un controvertido concepto de fin social, abriendo la puerta a otros grupos de interés más allá del de los propios socios. El interés o fin social, en la terminología de la *Company Act* de 2006, tiene como objetivo promover el éxito de la empresa (*the success of the company*), pero ese fin social –entendido como éxito empresarial– se define a partir de una concepción amplia, comprendiendo no sólo el beneficio social en sí, sino también el beneficio de otros grupos que entran en relación jurídica con la compañía. En este sentido se opta por una regulación del interés social, no como un

¹⁴⁶⁵ SANCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 30 y ss ; VELASCO SAN PEDRO “El gobierno...” ob cit p. 3011, llama la atención sobre la existencia de disfunciones en el ejercicio del poder, y realismo del proceso. Señala BISBAL que la historia y la experiencia demuestran que los gestores se sitúan “*en excelentes condiciones de explotar, no a los recursos que es a lo que corresponde, sino a los titulares de estos. Poderosos gestores abusando de débiles propietarios*”, por lo que se reclama la necesidad de un robustecimiento de los derechos de los socios, de la transparencia y del equilibrio de poderes, por lo que el problema fundamental del gobierno de las compañías es la alineación de intereses, esto es la reducción de los costes de agencia, BISBAL I MÉNDEZ, J. “El gobierno...” ob cit p. 1679.

¹⁴⁶⁶ En tal sentido La jurisprudencia americana desarrolló la Business judgement rule, para que la valoración ex ante de la actividad del administrador no se transforme en una valoración ex post del órgano juzgador. Vid GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310-311.

interés de la *company*, sino un interés empresarial (*enterprise approach*¹⁴⁶⁷) que trasciende de los parámetros del propio contrato social.

Pero, al igual que sucede en nuestro derecho, el concepto de interés social toma sentido, esencialmente, como piedra angular¹⁴⁶⁸ del deber de los administradores como fin de la actividad gestora. Así en la *section 172* de la *Company Act* de 2006, queda configurado a través del establecimiento de un deber general¹⁴⁶⁹ por parte de los administradores de promover el éxito de la sociedad (*Duty to promote the success of the company*). Dicho deber general¹⁴⁷⁰ se traduce en una obligación de promover, de buena fe, el éxito de la compañía tomando en consideración el beneficio de todos los miembros en su conjunto (*its members as a whole*)¹⁴⁷¹. Este indeterminado concepto de *miembros en su conjunto* queda configurado en un aparente concepto amplio interés social. Para ello, la norma establece un listado de materias –entre otras posibles, y por tanto en *numerus apertus*- que determinan los distintos intereses que han de inspirar el fin de la actividad gestora del administrador, entre los que figuran los intereses de los empleados, proveedores, consumidores, la comunidad en su conjunto, el medio ambiente, etc. Ello parece implicar una clara apertura del derecho anglosajón a una perspectiva amplia del fin de la empresa, que tiende a tomar en consideración no sólo el interés de los socios sino el de todos aquellos grupos de interés que intervienen en las relaciones jurídicas de la sociedad, así como otros intereses típicos de la responsabilidad social corporativa como por ejemplo la protección del medio ambiente, o de la comunidad en general¹⁴⁷².

Pero la *Company Act* de 2006 va más lejos y, a diferencia del derecho español, define específicamente, el contenido del fin social al entender en la *section 172(2)* como fin social (*success of the company*) la consecución de los fines expuestos, más allá del

¹⁴⁶⁷ Término utilizado por la doctrina en la búsqueda de un centro de imputación de responsabilidad del grupo, en contraposición al sistema legal de responsabilidad de la persona jurídica como sociedad (*entity law approach*). En ANTUNES, J.A.E. *Liability of corporate groups*. Deventer/Boston, 1994, p.277 y ss. referenciado en GIRGADO PERANDONES, p. *La responsabilidad...* ob cit p. 31 y ss. BLUMBERG. *The multinational...* ob cit. p. 58 y 120.

¹⁴⁶⁸ FONT GALÁN, ob cit p. 602, se refería al antiguo deber de diligencia entendido como fidelidad al interés social, como piedra angular de los deberes de los administradores en la antigua Ley de Sociedades Anónimas.

¹⁴⁶⁹ La jurisprudencia inglesa clasificaba tradicionalmente los deberes de lealtad y los deberes de diligencia, pero por primera vez la CA 2006 codifica los deberes generales de los administradores (BRUNET, Delphine, “La protección de los acreedores...” ob cit p.9). Los deberes generales de los *company's directors* se regula en la Part 10 Chapter 2 “*General Duties of directors*” dichos general duties se resumen en Sección 171 CA actuar de acuerdo con los poderes que le han sido otorgados y conforme al fin por el cual están conferidos. Sección 172: Además, debe actuar de buena fe, promoviendo el éxito de la empresa para el beneficio de todos sus miembros. Sección 173: El administrador debe cumplir con la obligación de actuar con independencia e imparcialidad. Sección 174: El deber de ejercer sus obligaciones con la diligencia de un buen padre de familia, Sección 175: El deber de evitar cualquier conflicto de interés, Sección 176 no puede aceptar beneficios o ventajas de terceras personas. Sección 177 (1 el deber de declarar dichos intereses a los otros administradores de la empresa.

¹⁴⁷⁰ *director of a company must act in the way he considers, in good faith, would be most likely to promote the success of the company for the benefit of its members as a whole, and in doing so have regard (amongst other matters) to*

¹⁴⁷¹ MORSE, G. *Company Law*...ob cit p. 345.

¹⁴⁷² DIGNAN, Alan; LOWRY, John. *Company Law*. 5th edition. Oxford: Oxford University Press, 2009 p. 300 y ss.

Dice la *Company Act s. 172*: “(a)the likely consequences of any decision in the long term,

(b)the interests of the company's employees,

(c)the need to foster the company's business relationships with suppliers, customers and others,

(d)the impact of the company's operations on the community and the environment,

(e)the desirability of the company maintaining a reputation for high standards of business conduct, and

(f)the need to act fairly as between members of the company”.

interés de los socios¹⁴⁷³. Es decir no sólo será interés social la maximización del valor de la empresa sino también la protección de cualquiera de los intereses propios de los trabajadores consumidores, proveedores, etc. lo que supone una definición del interés social inspirada en una perspectiva institucionalista, que habilita al administrador a ejercer discrecionalmente su gestión, orientándola a otros grupos distintos de la sociedad en sí como interés de sus socios¹⁴⁷⁴.

B. EL DEBER DE TENER EN CUENTA LOS INTERESES DE LOS ACREEDORES

El deber de promover el éxito de la empresa de la *section 172* implica también un deber de atender al interés de los acreedores en determinadas circunstancias (s.172 (3) *Company Act*)¹⁴⁷⁵. La apertura aparentemente clara de las dos apartados precedentes (172 (1) y (2) CA) parece restringirse ahora cuando se trata específicamente de la obligación de atender al interés de los acreedores, pues el precepto ya no es tan general y amplio, refiriéndose solamente a determinadas circunstancias (“...in certain circumstances”), cuya delimitación vendrá dada por las resoluciones de los tribunales. La cuestión compleja será determinar cuáles son esas circunstancias, dado que en situaciones de crisis, los intereses de la sociedad y de los acreedores serán normalmente contrarios¹⁴⁷⁶.

Es la jurisprudencia inglesa la que trata de proporcionar los presupuestos de hecho en los que se deberá tener en cuenta los intereses de los acreedores¹⁴⁷⁷. No obstante, los resultados de dichos criterios no son siempre satisfactorios. En primer lugar parece claro que, mientras haya solvencia, no existe la obligación de atender a tales intereses¹⁴⁷⁸. El problema parece plantearse cuando se trata de casos de proximidad a la insolvencia¹⁴⁷⁹. En este sentido la Jurisprudencia anglosajona ha reconocido que el deber de los administradores de tener en cuenta los intereses de los acreedores es clara

¹⁴⁷³ 172(2) CA 2006: “Where or to the extent that the purposes of the company consist of or include purposes other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to promoting the success of the company for the benefit of its members were to achieving those purposes”

¹⁴⁷⁴ BRUNET, Delphine, “La protección de los acreedores...” ob cit p. 9 y 10. En tal sentido DIGNAN, Alan; LOWRY, John. *Company Law*... ob cit p. 301 y ss, desde la perspectiva de a quién se deben los administradores en su gestión (To whom do directors owe their duties). La cuestión parecía clara en situaciones de solvencia empresarial donde en el caso *Heron International Ltd. vs Lord Grade* se identificaba el deber de los directores de atender al interés exclusivo de los socios: “[W]here the directors must only decide between rival bidders, the interests of the company must be the interests of the current shareholders. The future of the company will lie with the successful bidder”.

¹⁴⁷⁵ 172 (3) CA 2006 establece: “The duty imposed by this section has effect subject to any enactment or rule of law requiring directors, in certain circumstances, to consider or act in the interests of creditors of the company”.

¹⁴⁷⁶ Fue el Tribunal Supremo Australiano quien en 1976 estableció por primera vez la obligación de atender al interés de los acreedores en el caso *Walker Vs Wimborne*. Dicha doctrina fue seguida cuatro años después por los tribunales ingleses en el caso *Lonrho Ltd v Shell Petroleum Co Ltd* en 1980 (WLR 627).

¹⁴⁷⁷ BRUNET, Delphine, “La protección de los acreedores...” ob cit p.10.

¹⁴⁷⁸ Caso *Multinational Gas and Petrochemical Co Vs Multinational Gas and Petrochemical Services Ltd* 1983 (CH 258). *Kinsela vs Rusell Kinsela Pty Ltd* de 1986 (4 NSWLR 722): “In a solvent company the proprietary interests of the shareholders entitle them as a general body to be regarded as the company when questions of the duty of directors arise [...]. But where the company is insolvent the interest of the creditors intrude. They become prospectively entitled, through the mechanism of liquidation, to displace the power of the shareholders and directors to deal with the company’s assets.”

¹⁴⁷⁹ DIGNAN; LOWRY. *Company Law*... ob cit p. 316 y ss.

no sólo cuando la empresa es insolvente, sino también cuando es dudosamente insolvente¹⁴⁸⁰, o está en una situación próxima a la insolvencia¹⁴⁸¹.

Dicha cuestión se redirige al derecho concursal¹⁴⁸², pues la problemática es la misma que la ya señalada respecto a la aplicación del *fraudulent trading* y *wrongful trading*, ya que la dificultad¹⁴⁸³ estriba igualmente en la determinación del momento en que debe considerarse que la situación económica determina el cambio de interés seguido por el administrador en su gestión. Algunos autores¹⁴⁸⁴ consideran la necesidad de extender la protección de los acreedores a un momento preconcursal¹⁴⁸⁵, previo a la propia insolvencia¹⁴⁸⁶, en los casos en que la insolvencia es probable o muy probable. Esta controversia¹⁴⁸⁷ es una expresión más del debate contractualista vs institucionalista, acerca del concepto del interés social

La comisión constituida en 1998 para la reforma del derecho de sociedades (*The company Law Review Steering Group*), en su dictamen de 2001 reconocía la necesidad de fijar un deber de los administradores frente a los acreedores en las situaciones de proximidad a la insolvencia (*onset insolvency*), donde la insolvencia es muy probable (*more likely than not*) e incluso sólo probable (*likely*), para la determinación del momento en que la crisis es objetivamente irreversible (*reasonable prospect*)¹⁴⁸⁸. Una interpretación extensiva de dicho momento, podría llevar a resultados ineficientes que promovieran el abandono prematuro por parte del administrador¹⁴⁸⁹, por ello el Gobierno Británico no acogió definitivamente dicha perspectiva en la reforma¹⁴⁹⁰. En este sentido la *IA 1986* establece dos definiciones y dos tests de determinación de la misma. De conformidad con la sección 123 *IA 1986*, la empresa se encuentra en situación de insolvencia si no puede cumplir regularmente con sus obligaciones exigibles (*cash-flow test*) o si el valor de su activo disponible es inferior a su pasivo exigible o contingente (*balance sheet test*). Dichos criterios tratan de determinar los presupuestos objetivos de la liquidación concursal en torno al concepto de insolvencia.

Lo que queda claro es que la dificultad reside en determinar cuándo es ese momento en que se dan las circunstancias de la *section 172, (3) CA*, en que el administrador debe tomar en consideración los intereses de los acreedores¹⁴⁹¹, lo que por otro lado parece que ha de coincidir con el momento en que surgen los deberes de la *section 214 IA*, en que no existen perspectivas razonables de recuperación, lo que

¹⁴⁸⁰ Concepto del “*Doubtfully solvent*” del caso *Brady vs Brady* de 1987 en BCC 535.

¹⁴⁸¹ En tal sentido los casos *Gwyer v London Wharf (Limehouse) Ltd*, de 2003 (2 BCLC 153); *Liquidator of West Mercia Safetywear v Dodd* de 1988 (4 BCC 30); y *Nicholson Vs Permakraft (NZ) Ltd* de 1985 (en 1 NZLR 242). En la sentencia del Caso *Facia Footwear Ltd (in administration) v Hinchliffe* de 1998, se refiere incluso a un mero caso de inestabilidad financiera. *Kinsela vs Rusell Kinsela Pty Ltd* de 1986 (4 NSWLR 722): “*the plainer it is that it is the creditor’s money that is at risk, the lower may be the risk to which the directors...can justifiably expose the company*”

¹⁴⁸² BACHNER *Creditor’s protection*...ob cit pp. 235, 241.

¹⁴⁸³ OMAR, “European initiatives...” ob cit p. 244 “*the difficulties attendant on directors second-guessing the economic climate in order to predict their company’s chances of success*”.

¹⁴⁸⁴ FLETCHER, *The law of insolvency*... ob cit p. 708.

¹⁴⁸⁵ RYAN C. *Company*...ob cit. p.64; MARIN DE LA BARCENA “El concepto de interés...” ob cit. p. 257; PENNINGTON. *Directors’*... ob cit p. 193.

¹⁴⁸⁶ BACHNER *Creditor’s protection*...ob cit p. 238.

¹⁴⁸⁷ BACHNER *Creditor’s protection*...ob cit p. 236.

¹⁴⁸⁸ FLETCHER “Cuatro décadas...” ob cit p. 51.

¹⁴⁸⁹ KEAY, A. “The Director’s Duty...” ob cit. 306 y ss.

¹⁴⁹⁰ FLETCHER, I. “Cuatro décadas...” ob cit p. 55, OMAR, P. “European initiatives...” ob cit p. 245; VIÑUELAS SANZ, “Insolvencia...” ob cit p. 314.

¹⁴⁹¹ BRUNET, Delphine, “La protección de los acreedores...” ob cit p. 9.

determina que el interés social cambia a favor del acreedor. Esta es la problemática típica de todo derecho concursal, relativa a la dificultad de determinación de los presupuestos objetivos del concurso¹⁴⁹².

C. EL BUEN JUICIO EMPRESARIAL EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA (BUSINESS JUDGEMENT RULE)

En el derecho jurisprudencial estadounidense se ha desarrollado -en los tribunales de *equity*- la doctrina de la *Business judgement rule*. Dicha doctrina jurisprudencial se desarrolló en los años ochenta, principalmente en los tribunales del estado de Delaware¹⁴⁹³, de amplia tradición societaria, en la *Chancery Court*, y en la Corte Suprema, extendiéndose su influencia, a los primeros códigos de *corporate governance*¹⁴⁹⁴, de Estados Unidos y posteriormente de Europa, desplegando gran influencia en la doctrina relativa a los deberes de fidelidad de los administradores¹⁴⁹⁵. En los casos de crisis, en muchas ocasiones, el desarrollo de un plan de salvamento deviene infructuoso por diferentes causas, que dependen de una gran suerte de circunstancias. Para que la responsabilidad del administrador no dependa de la mala fortuna de un concreto plan de salvamento, habrá que atender a otros parámetros como a su actuación diligente, lealtad y buena fe. Este es un juicio de valor empresarial que se debe realizar acerca del riesgo asumido y a la actuación seguida por el administrador¹⁴⁹⁶.

La regla del juicio empresarial (*Business judgement rule*) establece que los tribunales no pueden revisar las decisiones de carácter empresarial de los administradores si éste se ha informado convenientemente antes de tomar la decisión, la actuación no ha sido ilegal o contraria a los estatutos tiene un interés propio en la materia contradictorio con el de la sociedad¹⁴⁹⁷. El objetivo de la *Business judgement rule* es otorgar un margen de discrecionalidad para que no se responsabilice al administrador del riesgo empresarial o de los resultados negativos de la actividad empresarial, es decir, por tomar decisiones que terminan resultando negativas para la empresa¹⁴⁹⁸, por motivos eventuales que trascienden a la propia diligencia del administradores. Se trata de que los administradores no sean responsabilizados por el resultado fortuito de asumir riesgos que desde un análisis *ex ante* son razonables de ser asumidos en el ámbito de la actividad empresarial, y con ello evitar el incentivo al

¹⁴⁹² ROJO, A “Artículo 2...” ob cit p. 172 y ss; PULGAR EZQUERRA “Artículo 2...” ob cit p. 93 y ss.

¹⁴⁹³ GUERRERO TREVIJANO, C. “La business judgement rule...” ob cit p. 184 y ss.; LLEBOT MAJÓ, Los deberes... ob cit p. 54; GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 309 y 310.

¹⁴⁹⁴ Por ejemplo en el Código de American Legal Institute (ALI) de 1994, o la American Bar Association (ABA) en su *Corporate Director’s Guide Book* de 1994.

¹⁴⁹⁵ PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p.87 y ss, aboga por la conveniencia de la incorporación de la doctrina BJR en el derecho continental en el marco de l gobierno corporativo.

¹⁴⁹⁶ FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...” ob cit. p.1727 y ss.

¹⁴⁹⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, “La business judgment rule no es igualmente eficiente para todas las compañías”. 25 de agosto de 2011 en blog:

[www.http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html](http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html).

¹⁴⁹⁸ Puede considerarse igualmente vigente en nuestro Derecho, como por ejemplo la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 13 de septiembre de 2007 que indica, respecto de los deberes del administrador, que no pueden calificarse su “incumplimiento o cumplimiento defectuoso en función de los resultados”.

exceso de cuidado y desaliento de la capacidad de asumir riesgos¹⁴⁹⁹. En tal sentido, se establece un estándar de actuación sintetizado en tres reglas¹⁵⁰⁰: (i) actuar de buena fe¹⁵⁰¹, (ii) tomar decisiones con información o debidamente informado¹⁵⁰², y (iii) y actuar con lealtad al interés social, es decir, sin que su actuación haya sido contraria a la Ley, a los Estatutos, o en aras de un interés propio contradictorio con el de la sociedad¹⁵⁰³. De tal manera que siempre que el administrador en la toma de una decisión haya actuado de buena fe, informándose de las circunstancias del plan y en persecución del interés de la sociedad, no cabrá la reclamación de responsabilidad, pese a que dicho plan haya resultado infructuoso¹⁵⁰⁴.

En cuanto a la definición del concepto de interés social, si bien es cierto que esta regla no proporciona directamente una definición del concepto, si se pueden hacer dos precisiones que entendemos que pueden ayudar a dar luz al respecto. Una primera precisión es que esta regla sirve para poner de manifiesto la falta de responsabilidad por la asunción de un riesgo inherente a la actividad empresarial en aras del interés social, es decir, hay un reconocimiento implícito de que la actividad empresarial se desarrolla asumiendo riesgos¹⁵⁰⁵, para generar beneficios, y el administrador no puede responder en función de los resultados¹⁵⁰⁶, por lo que difícilmente puede haber cabida al interés de los acreedores desde la perspectiva de la *Business Judgment rule*. Una segunda precisión, se refiere al estudio de la eficiencia de la citada regla, se han venido realizando algunos autores en la doctrina norteamericana, que han entendido que la regla legal eficiente debería ser la de permitir a las compañías libertad para configurar estatutariamente el deber de diligencia, es decir, es la compañía quien debe ampliar o restringir el ámbito de responsabilidad¹⁵⁰⁷, y por tanto quien debe marcar los objetivos del interés social¹⁵⁰⁸. Estas dos notas aquí señaladas, conjuntamente con la asunción de la citada regla a la mayoría de los ordenamientos continentales¹⁵⁰⁹, son argumentos para

¹⁴⁹⁹ FLEISCHER, H “La <<business judgment rule...>> ob cit. p.1727 y ss; GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310. HERNANDO CEBRIÁ *El deber de...* ob cit p. 142 y ss.

¹⁵⁰⁰ GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 311.

¹⁵⁰¹ *Cede & Co. v. Technicolor, Inc.* 634 A.2d 345 Sentencia de la Corte Suprema de Delaware (año 1993).

¹⁵⁰² *Brehm v. Eisner*, 746 A.2d 244, Sentencia de la Corte Suprema de Delaware (año 2000). Se trata del *standard of care* que se refiere a una triple vertiente: (i) deber de vigilancia en la gestión y marcha de la sociedad (ii) deber de investigar, como deber de comprobación de la información y (iii) deber de informarse antes de adoptar decisiones de su competencia. (GUERRERO TREVIJANO, “La Business Judgment Rule ...” ob cit p. 184). El estándar de diligencia en cuanto a los deberes de actuar debidamente informados se establecen en la Sentencia de la Corte Suprema de Delaware *Smith v Van Gordon*, que supuso un punto de inflexión y una ampliación de los deberes informativos de los administradores en la toma de decisiones. La promulgación en 2002 de la Ley Sarbanes Oxley para sociedades cotizadas supuso un incremento del *standard of care*, esencialmente en materia de información del administrador.

¹⁵⁰³ Actuar desinteresado vid. *Aronson v. Lewis* 473 A.2d 805 Sentencia de la Corte Suprema de Delaware (año 1984)

¹⁵⁰⁴ Según HERNANDO CEBRIÁ *El deber de...* ob cit p. 144.

¹⁵⁰⁵ Se trata de una función económica relativa a la potenciación del riesgo empresarial (HERNANDO CEBRIÁ *El deber de...* ob cit p. 142 y ss.). Es decir, evitar que las decisiones de los tribunales ahoguen la iniciativa privada de asumir riesgos empresariales. ARSHT, S respecto a la función de incentivo de la regla, cit. en LLEBOT MAJO, “Los deberes...” ob cit p. 75. Sobre el coste del exceso de cuidado GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 310.

¹⁵⁰⁶ Discrecionalidad técnica PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p. 87.

¹⁵⁰⁷ RIBSTEIN, L. citado en ALFARO ÁGUILA-REAL, “La Business...” “ob cit.

[www.http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html](http://derechomercantilesparana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html). Cuestión distinta es, como indica ALFARO, esperar que el mercado de capitales reduzca los costes de agencia como para inducir a los administradores de una sociedad a restringir su discrecionalidad en cuanto a inversiones, nuevos proyectos etc.

¹⁵⁰⁸ Es decir, sus accionistas, sin perjuicio de la función social de la propiedad impuesta por la Ley (RUIZ MUÑOZ “Un apunte crítico...” ob cit p.194).

¹⁵⁰⁹ GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 308 y ss. Sobre la conveniencia de dicha asunción vid. PAZ-ARES, C. “La responsabilidad de los administradores...” ob cit p.87.

combatir la posibilidad de incluir el interés de los acreedores en el concepto de interés social¹⁵¹⁰.

No obstante, también se ha extendido en ciertos casos la aplicación la *business judgement rule* a casos en que el interés lesionado no es el de la sociedad sino el de los acreedores, pero ello se ha desarrollado en el marco de la *bankruptcy*, es decir, insolvencia de la sociedad, sobre la base de que la responsabilidad de los administradores en situaciones de insolvencia se ha de extender más allá de la sociedad, hasta los acreedores. Para ello en algunas sentencias se ha hecho referencia a la “zona de insolvencia”¹⁵¹¹ en relación a un periodo de límites difusos, incluso de varios años, en que el administrador puede prever que no podrá cumplir con sus obligaciones. Dicho criterio respecto a los acreedores se aproxima a la responsabilidad de *wrongful trading* de la *Insolvency Act* inglesa. No obstante la *Chancery Court* ha ido más allá al admitir la existencia de deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores sociales, no ya en situaciones de insolvencia, sino de proximidad a la insolvencia¹⁵¹² (Un ejemplo en el caso *Credit Lyonnais Bank Nederland, NV vs Pathé Communications Corporation*).

4. Interés social y derecho de sociedades en la legislación española

A. EL ARTÍCULO 226 LSC: EL INTERÉS SOCIAL COMO INTERÉS DE LA SOCIEDAD

En lo que se refiere al debate acerca del interés social, el Legislador no sólo no ha sido claro cuando ha tenido la ocasión de serlo en las últimas reformas legislativas, sin aclarar dicho concepto, sino que ha contribuido a animar la controversia históricamente suscitada, cambiando, en el seno del debate parlamentario, el criterio previsto en un primer momento¹⁵¹³. En la reforma del artículo 127 de la LSA (con la inclusión del 127 bis LSA a través de la Ley de Transparencia de 2003), se incluyó la definición “...de interés social como interés de la sociedad”, en lugar de “...interés común de los socios” como figuraba inicialmente en el proyecto de ley. Dicho cambio de última hora, siembra la duda en la doctrina, dando pie a argumentaciones, sostenidas por algunos autores¹⁵¹⁴ orientadas a afirmar la posibilidad de una apertura por parte del

¹⁵¹⁰ BEVERIDGE, citado en MARIN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit p.261.

¹⁵¹¹ GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 311. Hace referencia a que incluso la Chancery Court ha admitido la existencia de deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores en situaciones de proximidad a la insolvencia, en el caso *Credit Lyonnais Bank Nederland, NV vs Pathé Communications Corporation*, sobre la base de que el administrador es agente no sólo de los que soportan los riesgos residuales (los accionistas), sino también la totalidad de la empresa social (*corporate enterprise*).

¹⁵¹² ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

¹⁵¹³ SANCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 177, No obstante algún autor como HERNANDO CEBRIÁ, ha visto en ello un intento de conciliación de ambas posturas institucionalista y contractualista. HERNANDO CEBRIÁ, L. *El deber...* ob cit p. 39 y ss.

¹⁵¹⁴ Así lo entiende EMBID IRUJO, “La Responsabilidad Social...” ob cit p. 26.; También ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. “Algunas reflexiones sobre el sistema de gobierno de las cajas de ahorro” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Año 26, nº 105, 2007, p. 41, pero sólo desde un punto de vista funcional (objetivo de la empresa y de sus administradores), y no así estructuralmente (composición organización, estructura de la sociedad).

Ordenamiento a otros intereses (*stakeholders*), distintos al exclusivo de los socios (*shareholders*) en la persecución del fin social¹⁵¹⁵. Dicha definición del interés social como interés de la sociedad se mantiene en el nuevo artículo 226 LSC.

A pesar de ello y por lo que se extrae de la dicción del precepto, no se puede considerar, como señala Fernando SANCHEZ-CALERO, que estemos ante una auténtica definición de lo que es el interés social¹⁵¹⁶. En su lugar, se emplea un eufemismo, una expresión sinónima, cuyo objeto no parece ser otro que eludir un posicionamiento claro entorno al polémico significado de tal concepto¹⁵¹⁷. Como han señalado varios autores¹⁵¹⁸, no podemos afirmar que con este precepto sea suficiente para considerar que hayamos asistido a un tránsito legislativo en la significación del concepto. Y es que parece argumento de poca solidez basar en dicha tautología un cambio de espíritu en la normativa societaria, máxime tratándose de una cuestión de tan alta trascendencia, y sobre todo cuando la expresión “*interés de la sociedad*” ya figuraba en la normativa societaria en el artículo 115 LSA (actual artículo 204 LSC)¹⁵¹⁹. Con ello, las interpretaciones a la redacción definitiva van desde quien ha interpretado dicha dicción como un intento conciliador del legislador encaminada a recoger la posibilidad de una actuación que compatibilice en la mejor medida los diferentes intereses en conflicto¹⁵²⁰, hasta otros autores que entienden el precepto como una mera expresión de la primacía de la sociedad frente a la individualidad de los socios¹⁵²¹, pero ello no tiene porque implicar necesariamente la apertura a intereses externos a la propia sociedad.

B. INTERÉS SOCIAL EN EL DERECHO ESPAÑOL

El interés social, hoy por hoy (y sin perjuicio de la futura evolución del concepto) es el interés de la sociedad, tal y como establece el art. 226 LSC, y por tanto, ya sea directa o indirectamente, el interés de los socios que la componen, y no el de otros grupos externos con intereses contrapuestos que resultan incompatibles con ello,

¹⁵¹⁵ Como indica MORILLAS JARILLO, aunque se ha querido ver en ello una acogida de la visión institucionalista, más bien lo que se busca es una indefinición que proporciona flexibilidad aun a costa de sacrificar la seguridad jurídica MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés social...” ob cit. p. 101-102.

¹⁵¹⁶ SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 177-178.

¹⁵¹⁷ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 97. MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés ...” ob cit. p. 99-100.

¹⁵¹⁸ SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p. 177-178; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 30, 97 y 98; más matizado ESTEBAN VELASCO que entiende que pese al cambio legislativo seguimos en un “*sistema estructuralmente monista de intereses*”, aunque ello da pie un sistema funcionalmente abierto a otros intereses (ESTEBAN VELASCO, “*algunas reflexiones...*” ob cit p. 42). No obstante, que pese a ello entiende que el cambio legitima al administrador a tomar alguna medida a favor de otros grupos, dando se paso a un sistema ESTEBAN VELASCO, “*Interés social...*”, ob cit p. 52-53; ALONSO LEDESMA, C. *La exclusión...* ob cit p. 29. RIBAS FERRER, V. “Artículo 226. Deber ...” ob cit. p. 1625.

¹⁵¹⁹ El artículo 204 LSC establece como impugnables los acuerdos sociales contrarios a la ley, a los estatutos, o que “*lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”, y el art. 206.1 LSC reconoce legitimados a los terceros que acrediten interés legítimo. Ello significa una legitimación del tercero en base a que el acuerdo es nulo necesariamente por vulneración de la Ley (URIA; MEMENDEZ; MUÑOZ PLANAS “*La Junta General de accionistas...*” ob cit p. 358).

¹⁵²⁰ HERNANDO CEBRIÁ, L. *El deber...* ob cit p. 40.

¹⁵²¹ SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 98.

lo que redundaría en la dimensión económico-patrimonial de la sociedad. Ello implica el beneficio común de los socios, y lógicamente el de cada uno de ellos como titulares de una parte alícuota de la sociedad¹⁵²² (sin perjuicio, de la primacía de la sociedad, y de que éstos tengan otros intereses individuales distintos, de carácter político o externo al de la sociedad). Dicho beneficio patrimonial no tiene porque considerarse necesariamente como maximización inmediata del valor bursátil (o teórico-contable) de la acción, sino que, si bien es cierto que el criterio de la creación de valor para el accionista es importante a tener en cuenta, no ha de operar de forma exclusiva (el mercado no es perfecto y sus operadores no son omniscientes), con lo que han de tenerse en cuenta otras posibilidades de incremento de valor social a medio o largo plazo¹⁵²³, desde una perspectiva más amplia y/o estratégica.

Independientemente del debate institucionalistas vs contractualistas, es posición dominante en la doctrina¹⁵²⁴ la que sostiene que no existe una cobertura legal suficiente para admitir que el administrador esté legitimado para perseguir, por los motivos que sean (éticos, ideológicos, personales, etc...), intereses correspondientes a otros grupos incompatibles con el interés de la sociedad, entendido en su dimensión económica, lo que redundaría inevitablemente en el común de los socios. La posición que generalmente ha venido adoptando la Jurisprudencia en materia de interés social ha sido generalmente de carácter contractualista, orientada a la suma de los intereses particulares del socio, como así lo indica la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2012 cuando dice: *“La jurisprudencia de esta Sala no deja de tener en consideración criterios contractualistas -así la sentencia de 12 de julio de 1983 se refiere al interés social como “el interés común de los socios” ; la 825/1998 de 18 de septiembre , reproduciendo la de 19 febrero 1991, lo hace a que “no es otro que la suma de los intereses particulares de sus socios , de forma que cualquier daño producido en el interés común del reparto de beneficios, o en cualquier otra ventaja comunitaria, supone una lesión al interés social” [...] dando a entender que, dentro del respeto a la sociedad institución, se permite la heterointegración del pacto societario, de conformidad con lo previsto en el artículo 1258 del Código Civil , que veta comportamientos contrarios a la buena fe.”*¹⁵²⁵ En el mismo sentido la Sentencia del TS de 07 de marzo¹⁵²⁶ y la Sentencia del TS de 12 de julio de 2002¹⁵²⁷ establecen el

¹⁵²² Y así lo entiende una muy asentada doctrina del tribunal Supremo que entiende el interés social como la suma de los intereses particulares de sus socios. Entre otras las STS 19-02-0991, la de 18-09-1998, o de 04-03-2000.

¹⁵²³ ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p.39; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 62 y 64 y ss.

¹⁵²⁴ SÁNCHEZ-CALERO, F. *Los Administradores...* ob cit p.177-178; SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p.30, 97 y 98; PAZ-ARES “El gobierno corporativo...” ob cit p.10 y ss, en referencia al informe Olivencia y Aldama; ESTEBAN VELASCO “Algunas reflexiones...” ob cit p.43; En contra EMBID IRUJO, “La Responsabilidad Social...” ob cit p. 26.

¹⁵²⁵ Igualmente la Sentencia del Tribunal Supremo de 04 de marzo de 2000 dice textualmente: *“es preciso que sea lesivo para el interés social (como suma de intereses particulares de los socios, Ss. 5 julio 1986 y 19 febrero 1991); la existencia de un beneficio para uno o varios accionistas o un tercero; y un nexo causal entre la lesión y el beneficio (S.18 septiembre 1998)”*.

¹⁵²⁶ La Sentencia 186/2006, de 7 marzo, con cita de la de 11 de noviembre de 1983, dice que *“éstos (los intereses de la sociedad) resulten de la suma de los de todos aquellos” ; y la 400/2007, de 12 de abril, a que “[e]l interés social que defiende el artículo 115.1 no es, efectivamente, el de los accionistas individualmente considerados (sentencias de 29 de noviembre de 2002 y 20 de febrero de 2003), sino el común a todos ellos (sentencias de 11 de noviembre de 1983 , 19 de febrero de 1991 , 30 de enero de 2001 y 29 de noviembre de 2002), el cual, a modo de cláusula general, permitirá integrar la relación contractual para resolver los conflictos en cada caso concreto”*.

¹⁵²⁷ Dice la citada sentencia: *“...resultando decisivo que el beneficiario sea un socio de la compañía y concurra relación de causalidad entre la lesión del interés social producido por el acuerdo y el beneficio experimentado por el socio (Sentencias de 23-6-1962; 4-3-1967; 11-5-1968 y 22-11- 1970)”*

beneficio para el socio como elemento decisivo a al hora de valorar si el acuerdo de la Junta está dentro del interés social¹⁵²⁸.

Por ello, si admitimos que el interés social implica, aunque sea indirectamente, interés común de los socios, es difícil que se pueda defender, hoy por hoy, la persecución por parte del administrador, de intereses contrarios y distintos al común de los socios, sin que lo establezca expresa y específicamente la Ley¹⁵²⁹, sin el consentimiento de aquellos, o sin que ello suponga una estrategia de actuación social que tienda a compatibilizar los distintos intereses, pero que a larga redunde en un cierto e inequívoco beneficio o incremento de valor de la empresa o de las expectativas globales de la misma. En este orden de cosas, se puede afirmar que existe una responsabilidad del administrador por los daños que ocasione cuando lleve a cabo medidas que no tiendan al interés social, entendido como interés de la sociedad (art. 226 LSC), salvo que pueda acreditar que dichas medidas se adoptaron en beneficio de las expectativas globales de la empresa desde una perspectiva patrimonial, aunque esto sólo sea a largo plazo¹⁵³⁰.

La cuestión hasta aquí planteada dista en mucho de ser sencilla cuando al tratar de valorar la actitud en la gestión de un concreto administrador debemos entrar a valorar conceptos indeterminados, subjetivos, y de difícil valoración como puede ser determinar qué es lo que mejora la expectativas globales de las empresas, que es beneficioso a medio o largo plazo (y cuánto tiempo es eso), qué gestiones mejoran la situación de la empresa (cómo y cuándo), y en qué medida ello ha de primar sobre las expectativas de rendimiento cierto a corto¹⁵³¹. Es decir, admitir un concepto amplio de maximización del valor empresarial permite encajar la idea de conciliación de intereses en conflicto en el seno de la empresa, pero a la vez imprime de inseguridad jurídica al sistema, al relativizar el concepto de beneficio, generando la cuestión de determinar qué, cuándo y cómo se han de conciliar los intereses, que puede no maximizar rendimientos inmediatos, con el consiguiente riesgo y perjuicio (al menos momentáneo) para el socio, pues satisfacer unos intereses en situaciones de crisis implica necesariamente postergar otros¹⁵³².

5. Los inconvenientes del concepto amplio del interés social

¹⁵²⁸ Todo ello sin perjuicio de algunos casos en que también ha existido cierta ambigüedad, tales como en la Sentencia del TS de 25 de junio de 2012 que dice: “*De ahí que el artículo 115.1 del texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas -y hoy el 204.1 del de Sociedades de Capital- autorizase la impugnación de los acuerdos sociales que lesionen el interés social en beneficio de uno o varios socios o de terceros*”.

¹⁵²⁹ La persecución del interés social no puede justificar el incumplimiento de las normas legales vid RIBAS FERRER, V. “Deberes...” ob cit. p.81. El administrador preservará otros intereses cuando así lo establezca la Ley, puesto que el primer deber del administrador es precisamente el cumplimiento de la Ley, lo que entra dentro de sus deberes generales de diligente administración. En tal sentido, como indica RIBAS FERRER, “*debe compatibilizar el interés de la sociedad con el cumplimiento de las obligaciones de las Leyes que protegen intereses públicos y privados que no pueden desconocer. En este sentido el interés de la sociedad no puede justificar el incumplimiento de las normas legales*”

¹⁵³⁰ Sobre el la importancia que el largo plazo tiene respecto de una visión crítica del sistema monista del interés social vid. ESTEBAN VELASCO, G. “Interés social...” ob cit p. 49.

¹⁵³¹ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 189.

¹⁵³² SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 12, donde pone de manifiesto la relatividad de la existencia de determinados intereses compatibles o no.

A. INTERÉS SOCIAL Y LEX SOCIETATIS

La influencia de la formulación institucionalista, en las nuevas tendencias que parecen ir tomando cada vez más fuerza, no ha estado exenta de polémica, cuyas dificultades han sido puestas de manifiesto desde distintos sectores¹⁵³³. Independientemente de ello, en el tema que nos ocupa, hay que distinguir por un lado la identificación de la problemática que requiere de una solución jurídica (en este caso el riesgo de los créditos en la situación de proximidad a la insolvencia), y por otro lado la propia solución normativa. Es decir, que por un lado encontramos la cuestión de si debe existir o no cierto ámbito de protección del acreedor en situaciones de proximidad a la insolvencia, y por otro es que dicha protección venga determinada como consecuencia de la persecución del interés social. Dicho en otros términos, es si dicha protección debe partir exclusivamente de la *lex societatis*, o también (o principalmente) desde otras ramas del ordenamiento más idóneas para ello. La dificultad, y el conflicto del debate se terminarán centrando en dicha cuestión, lo que dependerá del concepto de interés social que se maneje.

El concepto de interés social encuentra su contenido en una norma de naturaleza societaria (que forma parte de la *lex societatis*), pues no puede confundirse con otros conceptos más amplios como interés empresarial o interés grupal¹⁵³⁴, que formarían parte no sólo del derecho societario, sino de diversas normas que componen el heterogéneo contenido del derecho de la empresa¹⁵³⁵. Por eso, el planteamiento de todo ello, parte de determinar si la protección del acreedor de la sociedad próxima a la insolvencia corresponde al derecho de sociedades, al derecho concursal o al derecho obligacional¹⁵³⁶. Si las normas que han de proteger a un tercero extra societario -como por ejemplo al acreedor en la crisis-, no son normas de naturaleza societaria, difícilmente podrá afirmarse que dicha protección venga configurada por un concepto amplio de interés social. El interés social es una norma esencialmente societaria que define el ámbito de actuación del administrador al frente de la persona jurídica y que está llamada a cumplir una función integradora del contrato societario¹⁵³⁷. Por ello, sólo podrá acudir a un concepto suprasocietario¹⁵³⁸, como interés empresarial, interés grupal, o interés de la organización¹⁵³⁹, etc., como manifestación de aquellas normas que trascienden a lo estrictamente societario, y que despliegan sus efectos en distintas áreas que configuran el derecho de la empresa en relación con los sujetos que entran en contacto con ésta (derecho laboral, derecho del consumo, derecho de obligaciones,

¹⁵³³ Esencialmente desde el análisis económico del derecho, por todos ellos PAZ-ARES, Responsabilidad...ob cit p. 124-124; También ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente...* ob cit p. 21 y ss.; BISBAL I MÉNDEZ, J. "El gobierno..." ob cit p.1675 y ss.

¹⁵³⁴ DE ARRIBA FERNANDEZ, *Derecho de grupos...*, ob cit p. 221 y ss.

¹⁵³⁵ ULMER hace referencia a dos irrupciones del derecho de la empresa en el derecho de sociedades: la coestión y el derecho de grupos, en ULMER, Peter. *Principios...* ob cit p. 158-159,

¹⁵³⁶ BERMEJO, N; RODRÍGUEZ, E. "Normas de protección..." ob cit p. 24.

¹⁵³⁷ ALFARO-AGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente...* ob cit p. 22

¹⁵³⁸ DE ARRIBA FERNANDEZ, *Derecho de grupos...*, ob cit p. 221-223.

¹⁵³⁹ Es la visión que entiende a la propia organización empresarial como centro de imputación de responsabilidad (*Enterprise law approach* frente a *entitiy law approach*, en BLUMBERG, ...ob cit p.89 y ss). La problemática es paralela a la planteada respecto de la responsabilidad del grupo. La ausencia de personalidad jurídica de la empresa (o del grupo) impide que podamos hablar de responsabilidad del grupo, sino más bien de responsabilidad en el grupo (GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad...* ob cit p. 23, *La empresa de grupo...* ob cit p. 283. DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Derecho de grupos...*, ob cit P. 215-218). EMBID IRUJO, J.M. "El gobierno..." ob cit p. 599, sobre el grupo como organización como unidad empresarial.

derecho fiscal, etc.)¹⁵⁴⁰. Dichas tareas no son propias del derecho de sociedades, a quien no se le puede otorgar una función redistributiva que debe corresponder a otros sectores, pues sino estaremos vaciando de contenido el instrumento diseñado para la tutela del socio¹⁵⁴¹. El interés social hace referencia al interés de la sociedad individual como unidad jurídica y centro de imputación de responsabilidad, en cambio el interés grupal¹⁵⁴² se refiere al interés global de la organización de sociedades agrupadas¹⁵⁴³ (ya sea contractual o dominical), y que por tanto es susceptible de entrar en conflicto con el interés individual de alguno de sus miembros¹⁵⁴⁴, es decir la sociedad individual. El concepto de interés grupal coincidirá con el concepto de interés empresarial (como conceptos parasocietarios) en tanto en cuanto exista identidad entre el grupo y la empresa como organización.

B. LA SOCIEDAD COMO CONTRATO

En el análisis de las cuestiones planteadas es importante tener en cuenta la naturaleza contractual de las diversas relaciones que subyacen en el seno de la sociedad¹⁵⁴⁵. En este sentido se distinguen por un lado los contratos de carácter asociativo que suscriben los socios, que constituyen la base esencial de la organización, es decir, la relación societaria, y por otro lado, los contratos que relacionan jurídicamente a la persona jurídica constituida con los sujetos que forman parte de los órganos¹⁵⁴⁶ que hacen posible el funcionamiento de la sociedad¹⁵⁴⁷. Del tratamiento de estas normas se ocupa el derecho de sociedades. En este desempeño, el derecho societario tratará, como ha indicado algún autor, del estudio de la –según unos *eficiente*¹⁵⁴⁸ y según otros *equitativa, justa, etc.*¹⁵⁴⁹ - organización de los individuos que

¹⁵⁴⁰ Cuando el Código Civil en la Teoría General de las obligaciones regula la relación jurídica entre deudor y acreedor, su régimen no sirve para dar respuesta a situaciones de desequilibrio entre las partes que requieren una respuesta específica del ordenamiento, y por ello se crea el derecho laboral, el derecho de los consumidores, etc... y de forma paralela y en el mismo sentido no se puede pretender que el derecho de sociedades de respuesta a problemas específicos que exceden de su concreto fin.

¹⁵⁴¹ PAZ-ARES, c. “¿Cómo hacemos...” ob cit. 202, hace referencia a la función facilitadora del derecho de sociedades, cuya función no es dictar el contrato de sociedad, sino suplementarlo (modelo fundamentalmente dispositivo frente al modelo de imperatividad de fondo).

¹⁵⁴² DE ARRIBA FERNÁNDEZ *Derecho...* ob cit p. 221-223. EMBID IRUJO, José Miguel. “El buen gobierno ...” ob cit 249, p. VICENT CHULIÁ, Francisco. “Grupos de sociedades y conflictos ...” ob cit. p. 21 y ss. Sobre las dificultades del concepto de interés grupal vid. EMBID IRUJO, José Miguel “Pautas de análisis...” ob cit p.192 y ss.

¹⁵⁴³ GIRGADO *La responsabilidad...* ob cit. p.33 y ss ; DUQUE DOMINGUEZ, Justino. “Los problemas generales ...” ob cit. p. 19-20).

¹⁵⁴⁴ PAZ-ARES “Capítulo 55...” en URÍA /MENENDEZ ob cit p.1487 y ss. De hecho este es el problema de la lesión de los intereses de los socios de las sociedades externas que pertenecen a un grupo, pues la dirección del grupo tenderá a maximizar el interés global postergando el interés particular de las sociedades individuales, es decir, el perjuicio de los socios externos de la sociedad filial. Por ello dichos accionistas deben estar protegidos por el concepto de interés social de su propia sociedad como criterio rector de los administradores (de hecho o de derecho).

¹⁵⁴⁵ OSBORNE, “Las sociedades mercantiles...” LOGENDIO OSBORNE, Ignacio. “Las sociedades mercantiles”. En AAVV. *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998, p. 161-162, donde pone de manifiesto la naturaleza negocial del acto constitutivo de la sociedad, salvando la controversia suscitada a raíz de la unipersonalidad societaria, que pone de manifiesto la *contraditio in terminis*, dando cobertura a la concepción institucional de la sociedad.

¹⁵⁴⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL *El interés social...* ob cit p. 22.

¹⁵⁴⁷ Sobre la discusión de la naturaleza contractual u orgánica del vínculo que une al administrador con la sociedad MORILLAS JARILLO ob cit p. 116 y ss, y 121 y 138

¹⁵⁴⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL “Los juristas...” Ob cit p. 5, Ello implica como indica PAZ-ARES la búsqueda de la minimización de los costes de agencia o transacción, en PAZ-ARES, “La infracapitalización...” ob cit p. 69; BISBAL I MÉNDEZ, J. “El gobierno...” ob cit p. 1677-1679.

consienten en asociarse para la maximización de sus intereses¹⁵⁵⁰. Fuera del ámbito relativo a esta red (de múltiples relaciones contractuales que constituyen el haz de relaciones jurídicas que subyacen a la sociedad), se encuentra un segundo tipo de relaciones extrasocietarias, que hace referencia al vínculo que une a la sociedad –como unidad con personalidad jurídica propia- con el resto de grupos de interés con quienes se entra en contacto de forma necesaria para el desarrollo de la actividad que constituye el objeto social, ya sea mediante una relación contractual, ya sea extracontractual, relaciones que en cualquier caso quedan fuera del contrato de sociedad, y por tanto fuera del ámbito estricto de la *lex societatis*¹⁵⁵¹. Por ello, desde esta perspectiva se ha argumentado desde algún sector doctrinal¹⁵⁵², que si los intereses que subyacen de dicha relación no han de tutelarse mediante la *lex societatis*, no puede considerarse que dichos intereses estén comprendidos en el concepto de interés social que haya de inspirar la actuación de los administradores de la sociedad, sino que forman una relación jurídica *ad extra*, que ha de disciplinarse mediante los mecanismos de tutela adecuados que el Ordenamiento ofrece para tales relaciones jurídicas, como es el derecho laboral, el derecho contractual u obligacional, derecho de consumidores, derecho de medio ambiente, etc...¹⁵⁵³

Si bien es cierto que todos los contratos son incompletos, el contrato de sociedad es un contrato especialmente incompleto¹⁵⁵⁴ por su naturaleza, pues necesariamente se irá completando con el devenir futuro de la actuación, la deliberación y el desarrollo continuo de la actividad, y sobre todo en el ejercicio ejecutivo de la gestión del administrador¹⁵⁵⁵, que ha de integrar la voluntad que emana del contrato societario, teniendo en cuenta la hipotética voluntad de los socios, es decir, gestionar dando respuesta a la hipótesis de qué es lo que hubieran pactado los socios si tuvieran que decidir ellos directamente sobre los concretos asuntos, que por imposibilidad práctica no pueden someterse a la ratificación de la junta. Esta es la adopción de una posición *ex ante*, propia de los partidarios del análisis económico, orientada a que el interés social debe perseguir el interés común de los socios sin que puedan tener en cuenta otros intereses extrasocietarios, porque de ello se encargan otras ramas del ordenamiento¹⁵⁵⁶. En este sentido, no es el órgano de administración el centro de imputación más idóneo para decidir acerca de otros intereses, pues entre otros motivos, invertir al administrador de tales competencias incentivaría conductas fraudulentas amparadas en otros intereses

¹⁵⁴⁹ La elección entre eficiente y equitativa organización, dependiendo de la perspectiva del análisis económico del derecho de la dogmática jurídica tradicional. GONDRA “¿Tiene sentido...” ob cit p.1545 y ss.

¹⁵⁵⁰ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*...ob cit p. 58 y ss alude a una doble función del contrato de sociedad como contrato de organización y como contrato obligatorio, como manifestación de la divergencia de intereses que pueden surgir.

¹⁵⁵¹ Sobre ello la doctrina alemana (ESCHER, BAUER, KÜBLER, etc.) que propugna que el derecho de sociedades no comprende la protección del crédito. OTXOA-ERRARTE *La Responsabilidad*...ob cit p. 44.

¹⁵⁵² Por todos véase ALFARO ÁGUILA-REAL *Interés social*...ob cit p. 22.

¹⁵⁵³ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p.185. se refiere a que los intereses relacionados con la actividad empresarial, relativos a los sujetos que mantienen algún tipo de vinculación con la actividad social,(trabajadores, proveedores, acreedores, consumidores, etc.) tienen su propio cauce de solución a través del mercado y de la regulación específica correspondiente, porque se trata de intereses de terceros ajenos al contrato social: “*Su cauce natural será el contrato que vincule a la sociedad con el tercero, el derecho concursal, de responsabilidad civil, etc.*”

¹⁵⁵⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL *Interés social*...ob cit p. 26.

¹⁵⁵⁵ RIBAS FERRER, V. “Artículo 226. Deber ...” ob cit. p. 1625 cuando habla del concepto legal de interés social como interés de la sociedad indica: “*el administrador mantiene una relación jurídica de gestión con la sociedad y se obliga frente a ella a actuar lealmente. Esto significa que los conflictos de interés que se producen entre el administrador y la sociedad, deben resolverse de acuerdo al interés de su principal, la sociedad, y no en atención a los intereses de otros sujetos*”

¹⁵⁵⁶ PAZ-ARES, “La infracapitalización...”ob cit p. 75 y ss; ALFARO ÁGUILA-REAL *Interés social*...ob cit p. 64

dignos de protección, con el consiguiente riesgo de desprotección del accionista. Por ello es que ante tal situación se haya defendido desde algunos sectores¹⁵⁵⁷ la postura del análisis *ex ante*, es decir, mediante el mecanismo de decisión que se orienta a determinar qué es lo que hubieran pactado o decidido los socios ante una eventual decisión, pues ellos son la parte cuyos intereses se han de tutelar en el contrato de sociedad¹⁵⁵⁸.

No obstante, partir de la admisión de tales postulados contractualistas no ha de significar necesariamente una adhesión incondicional a la solución financiera (*shareholder value*). La adopción de la “solución financiera”, supuso uno de los principales argumentos para hacer revivir el debate sobre el fin de la empresa¹⁵⁵⁹. Hoy día, desde la economía de la empresa, se van imponiendo soluciones que se alejan del mero beneficio inmediato como criterio rector, orientándose a un criterio más amplio y ambivalente como es el de la maximización del valor empresarial. Desde dicha perspectiva se trata de considerar los distintos intereses de las distintas clases de accionistas, tratando de compatibilizar dicho interés social con otros intereses extrasocietarios que redunden en el beneficio empresarial de forma indirecta o *largoplacista* (como por ejemplo inversión en capital humano, buena imagen corporativa, fidelización de clientes, etc.).

C. INTERÉS SOCIAL Y LIBERTAD DE EMPRESA

El concepto interés social mantiene una evidente conexión con los principios fundamentales del Ordenamiento constitucional relativos a la ordenación económica, y en especial en lo referente al principio de libertad de empresa, y a la función social de la propiedad. En este sentido convendría plantearse si un modelo de interés social orientado a la atención exclusiva al socio entra dentro de los límites constitucionales y por tanto del ámbito de protección o de contenido esencial de la libertad de empresa, y paralelamente y en dirección contraria, si la responsabilidad social corporativa o la atención de otros intereses como elementos integrantes del interés social entrarían igualmente dentro de la legalidad constitucional de los principios fundamentales que inspiran dicha ordenación¹⁵⁶⁰. Pese a que aquí, esta labor resultará deficitaria de un tratamiento más profundo, de un tema con una fuerte carga ideológica¹⁵⁶¹ que trasciende a diversas disciplinas, si se puede, al menos, poner de manifiesto alguna orientación al respecto.

¹⁵⁵⁷ Desde el análisis económico del derecho p.e. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia...” ob cit.

¹⁵⁵⁸ RAPPAPORT, *La creación de valor...* ob cit p. 25; de donde se expone la idea de que la dirección de las empresas carecen tanto de legitimidad como de preparación para decidir acerca del interés general de la sociedad.

¹⁵⁵⁹ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “la creación...” ob cit p. 19 y ss.

¹⁵⁶⁰ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 20; y “El interés social...” ob cit. p. 1668.

¹⁵⁶¹ Parece oportuno poner de manifiesto aquello que indicaba FRIEDMAN cuando decía que la responsabilidad social (entiéndase perspectiva pluralista) implica la aceptación de la idea socialista de que los mecanismos políticos, frente a los mecanismos de mercado, son la forma más adecuada de determinar la asignación de los recursos escasos (FRIEDMAN “The Social Responsibility...” ob cit p. 33).

a) Libertad de empresa vs función social de la propiedad.

No cabe duda que los derechos e intereses del socio (*shareholder*) forman parte del núcleo esencial del derecho de sociedades, y que dicha configuración habrá de ser definida e interpretada de acuerdo a la ordenación económica. Más dudas plantea la cuestión respecto de los acreedores (*stakeholders*), acerca de si es la *lex societatis* el instrumento adecuado para dicha regulación. La libertad de empresa como principio estructurante del sistema económico y del orden constitucional¹⁵⁶², se manifiesta en la Constitución, como libertad de iniciativa económica privada¹⁵⁶³ (art. 38 CE) -y sin perjuicio del derecho del Estado a desarrollar actividad económica en competencia con los particulares (128.2 CE)¹⁵⁶⁴-, configurándose como pilar esencial de la economía de mercado¹⁵⁶⁵. En este sentido parece claro que la orientación institucionalista que limita la actuación de la sociedad en la persecución de su interés implicaría un límite al principio de libertad de empresa, desde la perspectiva de la iniciativa privada, al limitar el interés de aquellos que toman la iniciativa empresarial con la aportación de su capital. Dicha limitación se basa entre otros argumentos, en base al principio constitucional de la función social del derecho a la propiedad privada¹⁵⁶⁶. Esta cuestión se puso de manifiesto en la famosa sentencia de 1 de marzo de 1979 del Tribunal Constitucional Federal Alemán, con motivo del recurso de diversos sectores empresariales frente a la Ley de cogestión aprobada tres años antes¹⁵⁶⁷. El Tribunal entraba de lleno en la cuestión del conflicto entre libertad de empresa y función social de la propiedad en que se amparaba la cogestión, y en este sentido el Tribunal venía a justificar el sistema de la cogestión -“*se trata de límites de pequeña intensidad*”- sobre la base de la interdependencia entre capital y trabajo, en el sentido de que dicho sistema es el precio a la complementariedad entre la legitimación social de las grandes empresas, y la necesaria cooperación e integración de las fuerzas activas del trabajo¹⁵⁶⁸. No obstante,

¹⁵⁶² se trata de las normas que constituyen el núcleo de las cláusulas económicas de la constitución que consagran el modelo de economía de mercado: libertad de empresa, derecho de propiedad (art. 33 CE) derecho a trabajar y elegir libremente profesión un oficio (art. 35 CE), libertad contractual (art. 10 CE). vid. PAZ-ARES, Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "Ensayo sobre la libertad de empresa". en AAVV *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo IV. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. p. 5972.

¹⁵⁶³ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema ...* ob cit . p.537.

¹⁵⁶⁴ PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. "Ensayo sobre..." ob cit p. 5997, señalan que el Estado no ejerce derecho fundamental a la libertad de empresa, y que los únicos titulares son los particulares.

¹⁵⁶⁵ CIDONCHA MARTÍN, Antonio. *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas e Instituto de Estudios Económicos, Cizur Menor, 2006, p 139.

CIDONCHA, *La libertad...* ob cit p. 270 y ss como límite directo establecido en la propia Constitución, en tal sentido manifiesta este autor que lo que supone un límite a la libertad de empresa son determinados intereses puntuales como p.e. la defensa de la productividad (STC 37/1987). por lo que "*la defensa de la productividad es a la libertad de empresa lo que la función social es la propiedad privada*". Señala la STC 37/1987, que dice :"*las limitaciones de la actividad empresarial agrícola son ... indisociables de las limitaciones a las facultades de uso y disfrute de la propiedad rústica determinadas por la función social de esta última*"; y que "*la función social de la propiedad, al configurar el contenido de este derecho mediante la imposición de deberes positivos a su titular, no puede dejar de delimitar a su vez el derecho del empresario agrícola para producir o no producir, para invertir o no invertir*".

¹⁵⁶⁷ Nueve empresas y 29 asociaciones de empresarios interpusieron recurso constitucional contra los siguientes preceptos de la ley: la selección de empresas a las que la ley abarca (art. 11), la composición del Consejo de administración con un número igual de accionistas y trabajadores (art. 71), la elección del presidente del Consejo de administración (art. 27), la forma de votación en el susodicho Consejo (art. 29), el nombramiento de los miembros de los órganos autorizados como representantes legales de la empresa (art. 31), así como el nombramiento de un director de trabajo como miembro del órgano de representación (art. 33) con los mismos derechos.

¹⁵⁶⁸ El tribunal reconocía que la Ley de Cogestión conducía a una limitación de la libertad de profesión en la empresa, cuyos órganos de representación eran coartados en su libertad de planificación y decisión, debido a la composición del Consejo de Administración, al venir obligados a cooperar con los miembros de este órgano no elegidos por los accionistas. Pero afirmaba que el legislador había actuado dentro de los límites del derecho de la empresa a la libre elección de profesión, puesto que los titulares de derechos fundamentales sólo podían ejercitar la libertad garantizada con ayuda de la otra parte, los trabajadores.

estamos ante un sistema dualista y no pluralista, que entre otras cuestiones forma parte del núcleo de la ordenación económica del sistema alemán¹⁵⁶⁹, a través de una institución totalmente extraña a nuestro derecho como es la cogestión.

La función social de la propiedad del artículo 33 CE¹⁵⁷⁰, como uno de los argumentos inspiradores de un interés social pluralista¹⁵⁷¹, es un principio polivalente y ambiguo con un amplio margen interpretativo¹⁵⁷², y cuyos límites dependen en gran medida de la ideología imperante en cada momento¹⁵⁷³. No obstante, la construcción de un interés social pluralista (más allá de los socios) en base a dicho principio, puede resultar forzado o artificioso, en lo que respecta a su contenido constitucional. Dicha función es una manifestación genérica de la potestad expropiatoria que se reserva el Estado en aras del interés público o la utilidad social¹⁵⁷⁴, es decir, que dicho principio está sujeto a una reserva de ley y a un principio de legalidad¹⁵⁷⁵, por lo que no se puede perder de vista el carácter de singularidad que inspira dicho principio, y que es típico del instituto de la expropiación forzosa.

La interpretación del interés social desde la perspectiva pluralista que toma en consideración la función social de la propiedad¹⁵⁷⁶, es relevante, no sólo respecto de la cuestión del cierre empresarial por situaciones de crisis, sino también desde la búsqueda de la maximización de la rentabilidad empresarial, es decir, decisiones, que al amparo de la libertad de iniciativa, suponen un cierre patronal en la consideración de los costes de oportunidad, en la búsqueda de la máxima rentabilidad, pero que tienden a perjudicar a los acreedores o trabajadores por el resultado que supone el cierre patronal. Desde el principio de la función social de la propiedad se pretende proteger –entre otros muchos– el derecho de los *stakeholders* a seguir manteniendo la situación de simbiosis económica. Entre estos casos que lesionan dichos intereses, son frecuentes las decisiones que se orientan al despido de parte de la plantilla para aumentar la rentabilidad¹⁵⁷⁷, o aquellas donde el cierre patronal o la deslocalización lesionan los intereses no sólo de los trabajadores¹⁵⁷⁸, sino de todos los grupos de interés que viven indirectamente de la empresa, incluso en aquellos casos en que el cierre no es por una verdadera insolvencia, sino por una reorganización funcional o geográfica, en la lícita búsqueda de una mayor rentabilidad (es el caso de la disolución de empresas rentables

Por lo que respecta al conflicto entre cogestión y derecho de propiedad el tribunal entendió que los derechos de los accionistas no quedaban afectados en la relación del propietario con su propiedad, ya que podían libremente enajenar sus títulos, sino solamente quedaban limitados cuando los derechos de propiedad se presentan en su relación social.

¹⁵⁶⁹ KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades...* ob cit p.666 y ss.

¹⁵⁷⁰ Art. 33.1 y 2 CE: “Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia. 2. La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las Leyes.” que en consonancia con el art. 128.1 CE, supone una subordinación de la riqueza del país al interés general DIEZ-PICAZO GIMENEZ *Sistema...* ob cit p.533.

¹⁵⁷¹ ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 40 y ss. tb. RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit. p. 158; entiende que lo que late de manera encubierta es la vieja cuestión del alcance del derecho de propiedad, que dicho de otro modo se refiere al “alcance de la función social de la propiedad bajo el ropaje de la función social de la empresa, o en términos un tanto eufemísticos bajo el camuflaje de la denominada <nueva cultura empresarial>.” ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 40 y ss.

¹⁵⁷² Así las Sentencia del Tribunal Constitucional 37/87, STC 227/1988, y STC 61/1997.

¹⁵⁷³ PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso. “Artículo 33: propiedad privada y herencia”. En AAVV *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1996. p. 523 y ss.

¹⁵⁷⁴ Art. 33.3 CE. vid DIEZ-PICAZO GIMENEZ *Sistema...* ob cit p.530 y ss

¹⁵⁷⁵ DIEZ-PICAZO GIMENEZ *Sistema...* ob cit p.532-533, respecto a la interpretación del art. 33.2 y 3 CE.

¹⁵⁷⁶ ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 40 y ss

¹⁵⁷⁷ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 65, donde hace referencia a la utópica solución que tiende a considerar todos los intereses en conflicto ante una situación de crisis empresarial.

¹⁵⁷⁸ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto de interés social...” ob cit p. 263 y ss respecto del planteamiento de la cuestión en la jurisprudencia anglosajona.

con el consiguiente despido colectivo de la plantilla). Entiéndase que la cuestión pasa no sólo por si dicha búsqueda resulta lícita, sino también si resulta obligada para un administrador diligente. En todos estos casos la toma de la decisión empresarial se fundamentará en el consiguiente beneficio del inversor, es decir, la decisión que tiende a maximizar la rentabilidad del capital aportado, en beneficio del socio, o a minimizar sus pérdidas, pues dicha toma de decisión entraría dentro del amparo de la libertad de empresa. Con lo cual en este ámbito queda de manifiesto el conflicto entre función social de la propiedad y libertad de empresa. En tal sentido el Legislador mediante el desarrollo legislativo, y el intérprete constitucional son los llamados a ir marcando los límites que configuran la ordenación económica.

El artículo 38 CE reconoce la libertad de empresa de acuerdo a las exigencias de la economía general¹⁵⁷⁹. El fundamento último es el de asegurar una actuación libre sin injerencias estatales en la obtención autónoma de los medios de vida garantizando la independencia de los ciudadanos en la elección libre de sus fines vitales y de los medios para alcanzarlos¹⁵⁸⁰. En tal sentido la libertad de empresa como libertad de iniciativa económica privada¹⁵⁸¹ consiste en la posibilidad de iniciar y desarrollar una actividad productiva, y de acceder y permanecer en el mercado¹⁵⁸², lo que supone en sentido negativo la falta de coacción para concurrir en el mercado sin perjuicio de la correspondiente regulación legal¹⁵⁸³. Frente a ello el artículo 128.1 CE subordina toda la riqueza del país al interés general y el art. 33.3 CE reconoce la potestad expropiatoria por razón de utilidad pública e interés social al servicio del aumento de la riqueza del país¹⁵⁸⁴. Este interés general sobre el que viene a establecer a la libertad de empresa esta sometido a un juicio de proporcionalidad cuya ponderación ha de tener en cuenta el coste de la limitación frente al beneficio que se obtiene que venga a justificar la injerencia en la libertad de empresa¹⁵⁸⁵. En tal sentido mientras el ejercicio de la libertad de empresa no requiere justificación, sus límites deberán ser expresos¹⁵⁸⁶ y justificados por razón de utilidad pública e interés social¹⁵⁸⁷.

b) Libertad de empresa e interés social

¹⁵⁷⁹ Art. 38 CE declara: “Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. El Tribunal Constitucional ha definido dicha libertad como la libertad de iniciar y sostenerla actividad empresarial (Sentencia del TC 225/1993), lo que comprende la libertad para establecer los propios objetivos (STC 225/1993).

¹⁵⁸⁰ PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 5974. Se refiere al derecho que garantiza la libertad para *ganarse la vida* de forma autónoma respecto del Estado.

¹⁵⁸¹ DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos...* ob cit p.538, según quien el bien jurídico protegido es la iniciativa económica privada como elemento esencial de una economía de mercado. GOIG MARTINEZ desglosa la libertad de empresa en tres libertades: (i) libertad de inversión, (ii) libertad de contracción y (iii) libertad de organización. (GOIG MARTINEZ, Juan Manuel. “Artículo 38: Libertad de empresa”. En AAVV *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1996. p. 734 y ss).

¹⁵⁸² DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos ...* ob cit p 537.

¹⁵⁸³ GOIG MARTINEZ, “Artículo 38: ...” ob cit p.737

¹⁵⁸⁴ Aumento de la riqueza del país como fundamento del instituto de la expropiación vid. PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 6008

¹⁵⁸⁵ PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 6021

¹⁵⁸⁶ Reserva de Ley. vid. DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ *Sistema...* ob cit p.532-533.

¹⁵⁸⁷ PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 5998.

Estamos ante un auténtico derecho subjetivo¹⁵⁸⁸, como indica GARCIA PELAYO dirigido a “*crear y mantener empresas para decidir sus objetivos y desarrollar su propia planificación*”¹⁵⁸⁹. Si a ello le sumamos la perspectiva del derecho a establecer los propios objetivos -tal y como ha interpretado el propio Tribunal Constitucional (STC 225/1992)- podríamos entender que el derecho a definir el interés social como interés de la sociedad es un derecho que supone una manifestación de la libertad de iniciativa privada del inversor¹⁵⁹⁰, a establecer los objetivos propios.

Entendemos que la libertad de iniciativa empresarial, implica igualmente el derecho a abrir una empresa, como el derecho a cerrarla, con independencia del cumplimiento de la legislación sectorial¹⁵⁹¹ que condicione dicha apertura o dicho cierre (cumpliendo el pago de las indemnizaciones laborales, el pago a los acreedores, demás normas administrativas, etc.). En principio el ejercicio de la libertad de empresa, a diferencia de sus límites, no requiere de justificación alguna, y sus límites deberán ser expresamente establecidos y justificados en orden aun interés general. La consecuencia de ello es que, como indican PAZ-ARES y ALFARO, a falta de una previsión expresa del legislador rige por defecto el mercado como mecanismo para la provisión de bienes y servicios lo que implica un sistema en que la norma por defecto es la libertad¹⁵⁹². Por ello, el concepto estricto de interés social como manifestación de la libertad de empresa, es la norma por defecto, y toda limitación como deba ser la imposición de otros intereses externos a la propiedad de la sociedad, requerirá de una previsión expresa y justificada del legislador.

c) Límites constitucionales y derecho de sociedades

Así pues el principio de la función social de la propiedad –tan importante para las tesis institucionalistas del interés social- entra en conflicto con la libertad de empresa¹⁵⁹³, y con la libertad de fijar los propios objetivos empresariales, lo que supone una cuestión relativa a los límites de los principios constitucionales en el ámbito de la ordenación económica. Lo que aquí se pretende poner de manifiesto, es que, si bien resulta necesario, en función de la ideología predominante en cada momento¹⁵⁹⁴, el

¹⁵⁸⁸ CIDONCHA *La libertad...* ob cit p. 150 y ss.

¹⁵⁸⁹ GARCÍA PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución Española” en AAVV *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza: Zaragoza, 1979. p. 42.

¹⁵⁹⁰ Como garantía del empresario y del mero inversor, pues este derecho se garantiza sin subordinar tal protección a la existencia de una conexión personal entre la actividad y el individuo, PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 5976.

¹⁵⁹¹ DIEZ-PICAZO GIMENEZ, *Sistema...* ob cit p. 538 con respecto a los límites legales de la libertad de empresa; GOIG MARTINEZ, “Artículo 38:...” ob cit p.737. RIVA FERRER, V. “Los Deberes...” ob cit p. 81, respecto al interés social indica: “*el legislador puede contemplar a otros sujetos tales como los empleados, los proveedores, los clientes y los acreedores, cuyos intereses están protegidos por legislaciones especiales [...]. Dependiendo del sector en el que se desarrolle su actividad, el empresario social quedará por leyes ambientales, urbanísticas, energéticas, etc. o incluso de mayor generalidad, tales como las leyes laborales, fiscales, etc.*”

¹⁵⁹² PAZ-ARES/ALFARO ÁGUILA-REAL. “Ensayo sobre...” ob cit p. 5998.

¹⁵⁹³ CIDONCHA, *La libertad...* ob cit p. 270 y ss.

¹⁵⁹⁴ PEREZ LUÑO/ RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, “Artículo 33: ...” p. 523: “*punto de transacción entre ideologías de diverso signo*”.

establecimiento de unos límites a los principios mencionados, ya sea en uno u otro sentido, dicho establecimiento parece dudoso que corresponda hacerlo a través del concepto de interés de la sociedad, pues ello manifiesta el interés de un determinado negocio causal entre las partes que se asocian, en el ámbito del derecho privado.

Si bien es cierto que en el derecho privado tiene lugar el intervencionismo estatal ya desde el momento en que se legisla –pues el hecho de legislar ya supone intervenir–, y más intensamente cuando se hace a través de normas imperativas¹⁵⁹⁵, desde ciertos sectores contractualistas se entiende la sociedad como contrato que instrumentaliza la eficiente organización de las empresas¹⁵⁹⁶, donde la autonomía de la voluntad aparece como el mejor instrumento para la eficiente organización de los individuos¹⁵⁹⁷, y donde la intervención estatal en ciertos ámbitos contractuales –mediante normas imperativas– responde a determinados prejuicios institucionalistas del legislador¹⁵⁹⁸. No se pretende discutir si la *lex societatis* se compone sólo de normas iusprivatísticas, pues dicha discusión carece utilidad alguna, pues nada impide en nuestro Ordenamiento que los instrumentos legislativos excedan de diversas áreas jurídicas –el propio principio de responsabilidad limitada (art. 1 LSC) es un principio esencial en la ordenación económica–, sino que lo que se pretende poner de manifiesto es la inadecuación de la *lex societatis* como instrumento exclusivo en la tutela de los diferentes intereses que se ponen de manifiesto en el ámbito empresarial¹⁵⁹⁹.

En muchas ocasiones la existencia de la problemática en el ámbito societario, se trata de buscar soluciones dentro de la *lex societatis* cuando el problema está fuera¹⁶⁰⁰. Muchas relaciones obligacionales con la sociedad dan lugar conflictos cuyas soluciones resultan insatisfactorias, como pueda ser en el caso que nos ocupa, el de la necesidad de preservar un ámbito de protección de los acreedores en la proximidad a la insolvencia¹⁶⁰¹. Pero en ocasiones no se tiene en cuenta que el resultado es fruto de una opción legislativa que ha optado por dar primacía a unos intereses postergando otros. Así dice SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE¹⁶⁰² “*La insatisfacción tiene origen en mucha mayor medida en las normas específicas que consideran los intereses de terceros que se relacionan con la sociedad (leyes laborales, concursales, etc.). Pero esa insatisfacción no es un resultado directo de una deficiente actuación legislativa, sino del hecho de que las normas en cuestión han optado por dar primacía a unos intereses sobre otros, sea combinándolos en una relación jerárquica o, simplemente, ignorando por completo algunos de ellos.* Con ello, lo que se pone de manifiesto es que en

¹⁵⁹⁵ PAZ-ARES “¿Cómo entendemos...?” ob cit p. 169 y ss.

¹⁵⁹⁶ ALFARO ÁGUILA-REAL “Los juristas...” ob cit p. 5; PAZ-ARES “¿Cómo entendemos...?” ob cit p. 204-205.

¹⁵⁹⁷ PAZ-ARES “¿Cómo entendemos...?” ob cit p. 180 y ss; En contra de dicha perspectiva EMBID IRUJO “El presente incierto...” ob cit p. 465, la autoregulación no puede ser el instrumento exclusivo de regulación.

¹⁵⁹⁸ Paradigma institucional frente al paradigma contractual PAZ-ARES “¿Cómo entendemos...?” ob cit p. 169 y ss.

¹⁵⁹⁹ No se pone en duda que ciertas normas del derecho de sociedades sirven para proteger derechos de terceros, la cuestión es por un lado que dicha protección no es exclusiva del ámbito societario sino también de la respectiva rama del ordenamiento, y por otro, y como resultado de lo anterior que dicha protección no corresponde articularse a través del interés social. En tal sentido dice el profesor RUIZ MUÑOZ respecto de la protección de terceros: “*Incluso en algunos casos por medio de normas societarias dirigidas a proteger a los terceros-acreedores, como sucede con las normas sobre el capital social, la disolución y la responsabilidad de los administradores. En definitiva lo relevante aquí es que estos intereses no pueden ser canalizados por la vía del interés social*”. RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico...” ob cit p. 185.

¹⁶⁰⁰ DUQUE DOMINGUEZ, J. *La tutela de la minoría...* ob cit p. 83 dice: “*Una absoluta identificación entre el interés social y el interés de la economía nacional conduciría, inevitablemente, a la nacionalización de la sociedad anónima, y por lo tanto, a su desaparición del cuadro de las instituciones jurídicas.*”

¹⁶⁰¹ Como indica TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p. 1061 “*el Derecho concursal parte de la imposibilidad de una completa tutela de los intereses que persigue cada una de las demás ramas del Derecho*”.

¹⁶⁰² SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 21.

ocasiones se concibe erróneamente a la *lex societatis*, más que como a una parte, como a un todo, es decir, como un instrumento cuya finalidad es la exclusiva ordenación económica o microeconómica –entiéndase empresarial-, pero dicha función excede con mucho de los límites del derecho de sociedades¹⁶⁰³, al confundirse sociedad con empresa. Sin perjuicio de los límites que el legislador establezca entre la libertad de empresa y la función social de la propiedad, entendemos que el tratamiento de dichos límites no puede realizarse exclusivamente desde el derecho de sociedades a través del concepto de interés social, por cuanto este último concepto se refiere al objetivo que persiguen los socios conjuntamente en su asociación. Son el resto de normas sectoriales que tutelan los específicos intereses dignos de protección, (conjuntamente con el derecho de sociedades), quienes deberán realizar esa función integradora, y llenar de contenido los límites a los citados principios constitucionales.

No tener en cuenta esta visión podría implicar una pérdida de perspectiva de la propia institución societaria, y de su configuración como centro de imputación de responsabilidad. Sin perjuicio de la defensa de los postulados institucionalistas que parten de la función social de la propiedad, de la responsabilidad social corporativa (RSC), y de la necesidad de una actuación ética de las empresas¹⁶⁰⁴, etc., parece que ello no debiera partir tanto desde la configuración del interés social en el derecho de sociedades *stricto sensu*, sino más bien desde la configuración del interés empresarial¹⁶⁰⁵ (*enterprise approach*), desde el conglomerado del derecho de empresa, que cumple una función ordenadora del sistema. Por ello, la defensa institucionalista del interés social, ha de entenderse más bien como definición del interés empresarial, y dentro de una perspectiva de ordenación económica del sistema que compete, no sólo al derecho de sociedades, sino a una multitud de disciplinas jurídicas, que han de configurar dicho ordenamiento (derecho laboral, derecho del consumo, derecho de la competencia, etc.). Cuando el Código Civil en la Teoría General de las obligaciones regula la relación jurídica entre deudor y acreedor, dicho régimen no sirve para dar respuesta a situaciones de desequilibrio entre las partes que requieren una respuesta específica del ordenamiento, y por ello se crea el derecho laboral, el derecho de los consumidores, etc. De forma paralela y en el mismo sentido no se puede pretender que el derecho de sociedades de respuesta a problemas específicos que exceden de su concreto fin.

D. EL INTERÉS SOCIAL Y EL INTERÉS CONCURSAL

a) la contradicción del concepto plural de interés social en crisis.

¹⁶⁰³ “Así llegamos a lo que constituye una confusión en la manera de contemplar el derecho de sociedades, al que en lugar de verlo como parte de la legislación económica y mercantil, se le atribuye una finalidad de ordenación económica que excede de manera evidente de los límites de aquel.” SÁNCHEZ -CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 21.

¹⁶⁰⁴ GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial...* ob cit p. 145 y ss.

¹⁶⁰⁵ ALONSO UREBA “El gobierno...” ob cit p. 96

La cuestión que nos mueve a introducirnos en el concepto de interés social como fin de la actividad gestora del administrador es con el fin de trasladarlo a la situación de crisis empresarial, para estudiar las posibilidades de actuación en dichos casos. Concretamente se pretende por ahora determinar si se puede afirmar la existencia de deberes fiduciarios¹⁶⁰⁶ de los administradores respecto de los acreedores sociales bajo la base argumentativa de un concepto amplio de interés social que comprenda dichos intereses dentro de su ámbito. La cuestión es si el administrador está legalmente habilitado para adoptar -antes de los presupuestos o de la declaración del concurso- determinadas medidas en beneficio de los acreedores encaminadas a garantizar la solvencia, el cobro de sus créditos o intereses en base a una conducta ética, o como una manifestación de gestión socialmente responsable del interés social, aunque ello suponga la adopción de medidas que vayan en contra de la maximización de beneficio de la empresa. Si partimos de las consideraciones anteriores, es decir, que la Ley no reconoce expresamente otros grupos de interés incompatibles con el interés social, y dado el carácter iusprivatístico de la *lex societatis*, parece difícil sostener hoy día, que se puedan considerar comprendidas en el ámbito del interés social tales medidas de carácter generalmente ético¹⁶⁰⁷. No siempre será posible conciliar los intereses en conflicto, pues a veces atender a ciertos intereses implicará necesariamente postergar otros¹⁶⁰⁸. Ello queda más patente en momentos de dificultades económicas. Tratar de compatibilizar distintos intereses en situaciones de crisis implicará cierto sacrificio de alguna de las partes, ya que interés de la sociedad e interés del socio son también intereses distintos susceptibles de conflicto.

Cuando se plantea la cuestión del interés social desde la perspectiva de la empresa en crisis, se ponen de manifiesto determinadas contradicciones que dificultan el concepto amplio de interés social. Ello queda más claro en las situaciones concursales, pues la protección de los créditos de los acreedores -como más arriba se estudió-, en muchas ocasiones, conducirán irremediablemente a la disolución o liquidación de la sociedad, cuando el mantenimiento de la empresa no sea posible sin lesionar el interés de los acreedores. Por el contrario, los socios estarán interesados en tratar de continuar con la actividad para tratar de salvar la inversión realizada. Son las normas del derecho de insolvencia (concurso¹⁶⁰⁹ u obligacional), las que determinarán que interés debe ceder en cada caso. Por tanto, parece cuestionable que se pueda hablar de interés social cuando estamos ante decisiones o medidas (como por ejemplo la liquidación ordenada del patrimonio social) que son por naturaleza contrarias a la sociedad y a sus socios, ya que conducen a la liquidación o disolución social, pues ello implica una contradicción, en el sentido de que no tienden a crear valor (ni a corto ni a largo plazo) para la empresa, sino a ponerle fin, que es radicalmente lo contrario. Dicho de otro modo, no parece lógico entender que el concepto de interés social comprenda la disolución o extinción de la sociedad. De ahí que se hable más bien de interés concursal¹⁶¹⁰, como el que viene a sustituir al interés social una vez declarado el concurso. Esto implica que sólo será posible atender a los intereses de los acreedores cuando la compatibilización de intereses sea posible, lo que en situaciones de crisis deja muy limitada su aplicación.

¹⁶⁰⁶ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

¹⁶⁰⁷ RUIZ MUÑOZ, M. “Un apunte crítico” ob cit p. 185 y ss.

¹⁶⁰⁸ ALONSO LEDESMA “El buen gobierno...” ob cit p. 150; SÁNCHEZ -CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 12. Dicha postergación también tiene lugar en el seno del interés concursal como indica TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p. 1085.

¹⁶⁰⁹ TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p. 1061-1062.

¹⁶¹⁰ MARÍN DE LA BÁRCENA. “Intereses de los socios e intereses del concurso ...” ob cit p.313 y 314; MARTÍNEZ FLÓREZ, A. “Artículo 43...” ob cit p.890.

b) La protección del acreedor en la proximidad a la insolvencia como fin concursal

El derecho concursal como disciplina que se ocupa de la tutela directa del colectivo de acreedores a través de un procedimiento de insolvencia, aparece como conjunto de normas que tienden a neutralizar el riesgo de dichos créditos -entre otros casos, el que aquí nos ocupa- frente a las llamadas “huidas hacia delante” de los administradores¹⁶¹¹. Pese a que no existe unanimidad doctrinal en la delimitación de las fronteras del derecho concursal y societario, cada sistema jurídico protege a los acreedores a veces mediante normas societarias y a veces concursales. En el Derecho español dicha tarea viene encomendada al segundo de ellos¹⁶¹². Ya se señaló anteriormente la función del derecho concursal encaminada a la liquidación ordenada de los bienes sobrantes del deudor insolvente entre los acreedores concurrentes como manifestación de la *par conditio creditorum*, que encuentra su fundamento en el principio ético de la igualdad entre sujetos en idéntica situación jurídica, basado en un argumento jurídico ético que descansa en el principio de la igualdad¹⁶¹³, y en la concurrencia de derechos de la misma naturaleza sobre el mismo objeto¹⁶¹⁴. Por tanto, cuando se dan ambas notas, insolvencia y concurrencia de acreedores, es la *lex concursus* la que viene llamada, de forma separada y unitaria, a la regulación de tales situaciones como manifestación del principio de unidad legal, de disciplina y de sistema, que han inspirado tradicionalmente la legislación concursal española¹⁶¹⁵.

En nuestro derecho la responsabilidad de los administradores por insolvencia (172 bis LC) responde a un fin concursal dado el carácter colectivo que alcanza a todos los acreedores, como acción típica del procedimiento concursal y posible para cualquier sociedad sin distinción¹⁶¹⁶, pues nada tiene que ver con la disciplina del capital, sino más bien de neutralizar “la huida hacia delante”, de los administradores¹⁶¹⁷. Las medidas encaminadas al interés de los acreedores en situaciones críticas con proximidad o riesgo de la insolvencia, es decir, preconcursales –desde un punto de vista material-, no pueden tener otro fin más que el que los créditos de aquellos queden protegidos¹⁶¹⁸, en cuyo sentido, parecen compartir un fin esencial del derecho concursal. Pero hasta que no se cumplen los presupuestos objetivos (insolvencia actual) y se abra el proceso concursal, no surgen para los administradores los deberes concursales¹⁶¹⁹, donde el

¹⁶¹¹ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79; BERMEJO GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ PINEAU, “Normas de protección...” ob cit p. 7 y 18.

¹⁶¹² BERMEJO GUTIÉRREZ, RODRÍGUEZ PINEAU, “Normas de protección...” ob cit p. 3 y p. 24.

¹⁶¹³ GARRIDO, José María. *Tratado de las preferencias...* ob cit. p 722

¹⁶¹⁴ GARRIDO, José María. *Tratado de las preferencias...* ob cit. p 723, y según otras teorías en la transformación del derecho de crédito, pasando de derecho personal a derecho real como consecuencia de la declaración del concurso del deudor insolvente (ob cit. 725).

¹⁶¹⁵ PULGAR EZQUERRA, J. La Declaración... ob cit p. 135 y ss; TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p. 1061.

¹⁶¹⁶ OTXOA-ERRARTE *La Responsabilidad...* ob cit p. 44 sobre la doctrina alemana (ESCHER, BAUER, KÜBLER, etc.) que propugna que el derecho de sociedades no interviene en la protección de los acreedores sobre la base del criterio de la eficiencia, donde ha de corresponder al acreedor velar por las garantías de su crédito. BERMEJO GUTIÉRREZ, y RODRÍGUEZ PINEAU, “Normas de protección...” ob cit p. 11.

¹⁶¹⁷ ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79

¹⁶¹⁸ Con independencia de la tutela del conflicto de derechos subjetivos de los acreedores concursales, como indica TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones...” ob cit p.1066 y ss.

¹⁶¹⁹ Todo ello entiéndase, sin perjuicio de los deberes generales que emanan de la diligente administración en el desempeño del cargo, no sólo frente a los socios sino frente a terceros con los que entra en contacto la sociedad.

interés social queda sustituido por el interés del concurso como fin de la actividad gestora de aquellos. Así pues, al administrador se le imponen ciertos deberes (*ex lege*), cuyo fin se corresponde con el interés concursal, entendido como la obligación de proteger los créditos de los acreedores (art. 43 LC).

La cuestión se plantea respecto de los casos fronterizos en que todavía no se dan los presupuestos concursales, y por tanto todavía el interés social no ha sido sustituido por el interés concursal como fin de la actividad gestora, pues aún no hay insolvencia actual ni existen dichos deberes *ex lege*, pero donde si existe un riesgo efectivo para la realización de dichos créditos. A este respecto ya hizo referencia el profesor ROJO, cuando apuntó la inexistencia de mecanismos de prevención con la entrada en vigor de la nueva Ley¹⁶²⁰, y donde entendemos que es precisamente la Ley Concursal a la que corresponde el establecimiento de dichos mecanismos de prevención. Pero, la realidad es que la Ley Concursal no protege de forma expresa los casos de proximidad a la insolvencia. Por ello, es que podríamos entender que hablamos de un hipotético interés preconcursal¹⁶²¹, sin que exista un verdadero deber expreso de protección.

En tal sentido se plantea por algún autor¹⁶²², si dentro del deber general de diligencia del administrador, éste debe hacer un juicio de valor y previsión y ver si hay que proteger dichos créditos, es decir, no planteada desde un deber *ex lege* concreto, sino que la cuestión ha de reconsiderarse en el ámbito del deber general de administrar con diligencia¹⁶²³. A este respecto ya se defendió más arriba que existen determinados deberes, como deberes informativos que emanan de la buena fe¹⁶²⁴ contractual (por la posición de la sociedad en el tráfico), o de alguna norma de forma expresa (253 LSC) o tácita (367 LSC), pero que sin embargo corresponde a cada parte velar por la solvencia futura de sus propios créditos, y en ningún caso previo a la insolvencia, puede considerarse dentro del deber general de diligencia que exista una obligación de velar por el interés de los acreedores cuando ello entre en conflicto con la sociedad. En cambio si la insolvencia de la sociedad es actual, el administrador no sólo tiene determinados deberes impuestos *ex lege* por la *lex concursus* (apertura del concurso, velar por el interés concursal), sino también –e incluso en caso de que no se declarara el concurso- tendrá determinados deberes como manifestación del deber general de diligencia, como por ejemplo informar acerca la insolvencia, o conservar lo que quede patrimonio social.

c) Interés concursal y preconcursal

Ya se hizo referencia al concepto de “preconcurso” (o preconcursal) como concepto no jurídico por cuanto no aparece reflejado en el texto legal y por ello como un concepto carente de una significación unívoca, debido en parte a la génesis del

¹⁶²⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “La reforma del derecho concursal español” en *La Reforma de la Legislación concursal*. Marcial Pons: Madrid, 2003 p. 103 y ss.

¹⁶²¹ FERNÁNDEZ DEL POZO; *Posibilidad y contenido...* ob cit p. 50 y ss.

¹⁶²² ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p.24

¹⁶²³ En dicho deber general de diligencia es donde entraría en juego cierto margen de discrecionalidad del administrador. Vid. ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p.24.

¹⁶²⁴ DIEZ PICAZO, *Fundamentos...* vol I. ob cit. p. 64; GÓMEZ CALLE, Los deberes...ob cit. p. 86-87

derecho concursal en lo referente a su doble naturaleza material y procesal¹⁶²⁵. En tal sentido, el aspecto material despliega sus efectos, o tiene un alcance mayor que desde su aspecto procesal, pues desde este último sólo podemos referirnos necesariamente al proceso que tiene lugar desde el auto de la declaración judicial del concurso. En cambio, el régimen de reparto del deudor insolvente entra dentro del ámbito de la *lex concursus* en su aspecto material, desde que la insolvencia es actual y existe una pluralidad de acreedores, con independencia de que se haya iniciado efectivamente el procedimiento judicial. Cuando no se delimitan ambos planos se tiende a calificar de “preconcurso” situaciones que materialmente son propias del derecho concursal -que empieza desde el momento en que existe la insolvencia del deudor- pero que procesalmente no lo son porque no se ha iniciado el proceso judicial (p.e. el caso del art. 5 bis LC)¹⁶²⁶.

Por tanto, en su aspecto material, puede existir una identidad entre el derecho concursal y “preconcurso”, en cuanto que el segundo forma parte del primero, cuando se trate de regular la situación del insolvente antes de la apertura del concurso, pues sobre todo es en el ámbito del derecho concursal donde deben configurarse los mecanismos de prevención de la insolvencia¹⁶²⁷ (e incluso cabría la posibilidad de plantearse que entre dichos mecanismos hubieran de figurar en su caso aquellas normas relativas a proteger a los acreedores en los momentos previos).

El artículo 5.bis de la Ley Concursal, prevé lo que se ha venido en llamar -entendemos que erróneamente- el “preconcurso”, para aquellos casos en que el deudor insolvente inicia negociaciones con los acreedores¹⁶²⁸. Existen otras normas de protección preconcurso en tanto en cuanto que se refieren a protección de los acreedores en momentos anteriores a la propia insolvencia¹⁶²⁹, como es el caso de las acciones de reintegración (art.71 LC), la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC) o de la propia responsabilidad concursal por actos previos a la declaración del concurso (incumplimiento del deber del art.165.1º LC de solicitud del concurso, salidas fraudulentas del patrimonio social del 164.2.5º LC, simulación de actuaciones patrimoniales ficticias ex 164.2. 6º LC). Por otro lado, existen normas de protección de carácter previo a la insolvencia en el derecho de sociedades (367 o 236 LSC), que han puesto de manifiesto los problemas de coordinación entre ambas normas¹⁶³⁰.

¹⁶²⁵ TRIGO SIERRA, E./ CAMBRONERO GINES, A. “Aspectos procesales...” ob cit p.53. Doble naturaleza que presenta nuestra legislación concursal, puesto que se compone tanto de un fuerte contenido de derecho procesal, así como de derecho material, refiriéndose a aquellas normas del ordenamiento que regulan el reparto de los bienes del acreedor insolvente (PULGAR EZQUERRA, *La Declaración...* ob cit. p. 135 y ss). Por tanto desde que hay insolvencia y concurrencia de acreedores, podemos hablar de *lex concursus*, en un sentido material, pues es ésta la materia propia del derecho concursal.

¹⁶²⁶ La distinción que efectuamos entre derecho concursal material y procesal, no persigue otro objetivo que la aclaración terminológica de lo que se ha venido en llamar preconcurso o preconcurso, términos que se han utilizado indistintamente para supuestos distintos, ocasionando un riesgo de confusión terminológica. Lo que se pretende poner de manifiesto es que si bien preconcurso en sentido procesal se refiere a una fase de insolvencia previa al auto de declaración, en sentido material no tiene porque ser lo mismo, pudiendo produciéndose una identidad entre concursal y preconcurso.

¹⁶²⁷ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “La reforma del derecho concursal español” en *La Reforma de la Legislación concursal*. Marcial Pons: Madrid, 2003 p. 103 y ss

¹⁶²⁸ El artículo 5.1 bis d el LC establece: “*El deudor podrá poner en conocimiento del juzgado competente para la declaración de su concurso que ha iniciado negociaciones para alcanzar un acuerdo de refinanciación o para obtener adhesiones a una propuesta anticipada de convenio*”.

¹⁶²⁹ ALCOVER GARAU, G. “La doble Reforma...” ob cit p. 84-85

¹⁶³⁰ ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “La reforma...” ob cit p. 102

La protección de los acreedores en la fase preconcursal no sólo trata de prevenir la insolvencia definitiva y por tanto el proceso concursal, sino también busca la reintegración de la situación anterior (reintegración de la masa, contribución del administrador en concurso culpable), y cuyo tratamiento tiene lugar en sede de derecho concursal. Por ello, se puede afirmar que los mecanismos de protección de los acreedores en la proximidad a la insolvencia, tienen una naturaleza esencialmente concursal por cuanto protegen a los acreedores concurrentes de la posible insolvencia definitiva del deudor, y dicha protección frente a la insolvencia forma parte del ámbito sustantivo de la *lex concursus*, por lo que las normas “preconcursoales” desde el punto de vista material no parecen justificar una diferenciación útil o categoría distinta a las normas concursales.

El interés social tiende a la maximización del valor de la empresa, y por ello, no se niega que se pueda defender que el interés social como interés de la sociedad pueda comprender desde un punto de vista amplio intereses que se puedan compatibilizar con la maximización del valor social, pero no se puede afirmar en ningún caso que son medidas de interés social las medidas que se encaminan a la disolución de la sociedad, lo que supone una paradoja en tanto en cuanto dichas normas no tienden a maximizar el valor de la empresa. Por tanto, tampoco se puede considerar que dicho hipotético interés preconcursal forme parte del interés social, sobre la base de ser un interés previo al concurso. Si existieran determinados deberes fiduciarios previos al concurso como *interés preconcursal*, dicha cuestión debe partir desde una perspectiva concursal atendiendo a su fin, y en principio no desde la perspectiva de interés social en base a la contradicción que genera tal incompatibilidad.

E. LA ALINEACIÓN DE INTERESES EN LA PROXIMIDAD A LA INSOLVENCIA: INTERÉS SOCIAL E INTERÉS DE LOS ACREEDORES

a) Intereses de los socios y acreedores como intereses incompatibles

Desde una perspectiva de *lex societatis* cuando las actuaciones de los administradores en situaciones críticas resultan compatibles con el beneficio y permanencia de la empresa, aún siendo el resultado de políticas que tiendan a ponderar y compatibilizar a todos los grupos de interés, no parece haber mayores problemas en valorar la actuación de los administradores, en un plano en el que está claro que la subsistencia y rentabilidad de la sociedad termina beneficiando no sólo a los accionistas, sino a todos los que entran en relación con ella. Algún autor¹⁶³¹ entiende que con la redacción del artículo 127 bis (actual 226 LSC), el legislador consigue conciliar ambas tendencias institucionalista y contractualista, tratando de modelar los distintos intereses concurrentes. Esta idea parte de que, por un lado el administrador está habilitado para optar por políticas más amplias en aras a la maximización del valor empresarial, lo que redundará a la larga en el beneficio de todos los grupos de interés, pero siempre y cuando

¹⁶³¹ HERNANDO CEBRIÁ, “El deber de diligente administración...” ob cit p. 40.

ello no sea contrario a la “estimación global de la empresa”, es decir, no se puede privilegiar el interés de terceros cuando ello no sea compatible con el propio interés de la sociedad¹⁶³².

En este supuesto de la maximización del valor compatible entre todos los grupos de interés, no se advierten mayores problemas¹⁶³³. La cuestión es cuando dicha alineación de interés no es posible, pues lo frecuente en situaciones de crisis será la incompatibilidad de intereses, pues *shareholders* y *stakeholders* representan intereses contrapuestos por naturaleza¹⁶³⁴, que se ponen de manifiesto, sobre todo, con la insolvencia empresarial. La relación entre *stakeholders* con la sociedad será en la mayoría de los casos contractual u obligacional, con lo que no se puede perder de vista el carácter contrapuesto y bipolar¹⁶³⁵ que es inherente la relación obligatoria. Por ello, podría resultar contradictorio que el administrador de una sociedad en crisis velase por el interés de los acreedores en perjuicio de la propia sociedad que administra (e indirectamente de los socios) a quien viene obligado a salvar, pues el administrador como órgano social representa a la sociedad que es parte de la relación contractual y ha de velar por sus intereses, que en no pocas ocasiones será contradictorio con el de otros grupos de interés. Lo contrario podría suponer una desprotección no sólo del socio sino también de la sociedad, pues no le corresponde a ningún individuo la defensa del interés ajeno. Cuando se trata de medidas incompatibles con el beneficio social impuestas por la ley no existe problema, pues el administrador estará cumpliendo con su obligación (cumplir lo que establezcan las leyes y los estatutos “*en defensa del interes social*” 226 LSC es una de sus principales obligaciones). Por ello, la protección de los acreedores no parece que tenga cabida en la actuación del administrador, salvo que venga impuesta por ley, con lo cual ya no es actuación ética sino legal (y salvo que consideremos que nos encontramos en el cumplimiento de un genérico deber de buena fe del artículo 7.1CC).

b) Problemas de compatibilizar intereses

A veces la compatibilidad de intereses puede ser más aparente que real, pues no se tiene en cuenta que en la mayoría de los casos, en términos relativos, atender a unos intereses implica no maximizar otros¹⁶³⁶. La cuestión de compatibilizar otros intereses con los propios de la sociedad, genera el problema de determinar, no sólo si esas medidas son o no compatibles con la sociedad, sino también si esa determinada medida maximiza el rendimiento de la sociedad, o si por el contrario no se maximiza en

¹⁶³² HERNANDO CEBRIÁ, “El deber de diligente administración...” ob cit p. 42.

¹⁶³³ Sin embargo, la cuestión si se ha planteado respecto de la legitimidad de los distintos grupos de interés (*stakeholders*) para reclamar la responsabilidad del administrador cuando no lleva a cabo tales medidas, vid ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit p. 52-54; El tema también se ha planteado por ejemplo respecto de la responsabilidad frente a los accionistas frente de la falta de iniciativa o decisión de los administradores de no tomar medidas de Responsabilidad Social Corporativa, donde SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE “Creación de valor...” ob cit p. 99, entiende que no ha de caber la acción de responsabilidad, pues ello no viene impuesto por la ley teniendo en cuenta la actuación autónoma de los administradores. En contra EMBID IRUJO “Responsabilidad social...” ob cit p. 28.

¹⁶³⁴ ALONSO LEDESMA “El buen gobierno...” ob cit 150, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit. p. 12

¹⁶³⁵ DIEZ-PICAZO Y GULLON, *Sistema....* ob.cit. p.127 y ss

¹⁶³⁶ ALONSO LEDESMA “El buen gobierno...” ob cit p. 150-151.

beneficio de otros intereses. La cuestión es que los administradores deberán poder demostrar que las medidas adoptadas (tales como consolidación de clientes, motivación del capital humano, buena reputación etc.), además de satisfacer otros intereses, perseguían como fin generar el mayor beneficio posible para la empresa. Esa es la complejidad a la que nos referimos en la formulación de la pregunta ¿Qué es beneficioso a largo plazo¹⁶³⁷? Es decir, se trata de la cuestión de si la propia compatibilización de intereses llevada a cabo por un administrador para salvar a la empresa, realmente ha lesionado el interés social en tanto que no ha tomado la vía más idónea para incrementar al máximo el resultado de la empresa. Así por ejemplo, si el administrador decide no despedir a una plantilla de trabajadores y adopta otras medidas de saneamiento para salvar a la sociedad, si lo consigue, podemos decir que ha compatibilizado intereses, pero teniendo en cuenta que el despido de dichos trabajadores hubiera sacado a la empresa antes de la crisis, no se ha maximizado el beneficio y en cierto sentido se ha producido una lesión del interés social¹⁶³⁸. En este caso, los accionistas podrían mostrarse descontentos y pedir responsabilidad a su administrador, pues los trabajadores disponen del ordenamiento laboral para que sus derechos queden protegidos¹⁶³⁹, e igualmente cualquier acreedor, consumidor, cliente, etc. dispone de su concreto ámbito de protección de intereses en la legislación sectorial adecuada y no el ámbito del derecho de sociedades.

Dicha cuestión se hace todavía más compleja cuando la sociedad entra en momentos de crisis. Cuando la empresa atraviesa situaciones de dificultad la vara de medir cambia, y el criterio se hace más sensible a la hora de valorar los costes. Por ello, lo que en situaciones normales de crecimiento es inversión con expectativas de rentabilidad, en momentos de crisis se suele considerar despilfarro. La sensibilidad a la RSC se intensifica, y se tiende a sacrificar todo aquello que no signifique un beneficio máximo y directo para la compañía¹⁶⁴⁰ (cuando las cosas van bien, no se plantea suprimir determinados gastos, pero en crisis la cosa cambia). Y ello se debe a que en situaciones de crisis la aversión al riesgo de algunas medidas puede ser mayor¹⁶⁴¹ (puesto que las pérdidas potenciales son mayores en relación al beneficio marginal), porque hay más en juego, y ello hace que se desinvierta, y esa circunstancia en términos económicos, la aversión al riesgo puede llevar a valorar de forma distinta, rechazando posibilidades de actuación, que se aceptarían en tiempos de alta rentabilidad¹⁶⁴². La cuestión es que, siendo claro que el objetivo es salvar a la empresa de la crisis en la que está inmersa, o lo que es lo mismo, el que el interés social es la salvación de la empresa, la dificultad está en determinar cuáles son esas medidas, independientemente de que tiendan o no a satisfacer otros intereses. Por ello, a priori no existen argumentos que indiquen que algunas medidas tendentes a beneficiar a otros colectivos, como a la consolidación de clientes, motivación del capital humano, reputación, pueden ser positivas o negativas, en unas determinadas circunstancias. Sólo a posteriori tendremos la respuesta a cerca del triunfo o fracaso de las medidas. Si con la adopción de dichas

¹⁶³⁷ ESTEBAN VELASCO “Interés social...” ob cit p. 46, SANCHEZ CALERO GILARTE “Creación...” ob cit p. 12.

¹⁶³⁸ COUTINHO DE ABREU, ob cit p. 40, donde señala el aumento de la cotización de muchas compañías tras los anuncios de amplios despidos

¹⁶³⁹ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 280; ENRIQUES/ HANSMANN/ KRAAKMAN ob cit , p 62 y ss.

¹⁶⁴⁰ GALGANO, *Las instituciones...* ob cit p. 55.

¹⁶⁴¹ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 36 y 642 y ss.

¹⁶⁴² Todo ello sin perjuicio de que a medida que aumenta la crisis la aversión al riesgo de los socios se irá neutralizando pues les interesará abordar cualquier inversión subóptima, con independencia del riesgo cuando la aportación de éstos esté ya pérdida.

medidas la empresa fracasa se le pedirán responsabilidades al administrador que en otras circunstancias no se pedirán. Si ello no es así, habrá que determinar si el fracaso es consecuencia de la mala fortuna a cuyo riesgo está sometida la actividad empresarial, o si por el contrario es fruto de la negligencia o deslealtad del administrador adoptando medidas que no perseguían un beneficio empresarial, esto es el interés social¹⁶⁴³.

Por todo ello, aceptando un concepto pluralista de interés social se corre con el riesgo, por un lado el exceso de cuidado¹⁶⁴⁴, y por otro el de aumentar la discrecionalidad del administrador y la inseguridad jurídica, pues la determinación de lo que es beneficioso no es universal y por tanto difícilmente demostrable dependiendo de muchas variables tiempo, riesgos, eventualidades... Y ello es porque la utilidad depende de cada sujeto concreto¹⁶⁴⁵, y por tanto ha de corresponder a los socios en forma conjunta, decidir en su caso, como manifestación de la autonomía de la voluntad, cuál es el contenido del interés que en su asociación pretenden perseguir. Corresponderá al administrador hacer el juicio de valor de cuál es en cada caso ese interés en función de la hipotética voluntad de los socios, que en situaciones de dificultad económica difícilmente irá encaminada a atender el interés del acreedor.

c) La adopción de medidas incompatibles con el interés social

En otras ocasiones el administrador adoptará medidas, no como resultado infructuoso, sino directamente incompatibles con el interés social. Se refiere a aquellas en que el administrador directamente en su actuación no persigue el interés social, y ello puede ser por dos motivos, bien porque actúe de forma fraudulenta (dolo o culpa grave), en cuyo caso no existirán mayores problemas de imputación de responsabilidad, o bien porque tiene la certeza de la insolvencia futura de la sociedad y pretende proteger a los acreedores y no agravar inútilmente la situación, actuando de una determinada forma en base a una ética profesional (por su parte) y buena fe contractual (por parte de la sociedad).

Cuando existen elementos objetivos suficientes como para tener la certeza de que la sociedad va a caer irreversiblemente en una situación de insolvencia que pueda lesionar los derechos de los acreedores, el administrador puede actuar de forma responsable para con los acreedores e impedir que se diluyan su derecho de cobro. En tal caso, no va a responder frente a los accionistas puesto que no lesiona el interés social, porque el interés social ya está lesionado, si existe la certeza objetiva de que no hay salvación, lo único que puede hacer una administración no responsable es dilapidar el patrimonio que reste en perjuicio de los créditos pendientes. En tales circunstancias el

¹⁶⁴³ Este es el llamado principio cumple o explica (*comply or explain*) Recomendación 7ª del Código Unificado de Buen Gobierno de la CNMV.

¹⁶⁴⁴ Exceso de cuidado que desalienta por un lado la capacidad de asumir riesgos (GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p.310), y por otro el incentivo de que los mejores administradores se hagan cargo del control, desincentivando la aversión al riesgo de éstos, por la alta responsabilidad (ob cit p. 311), es decir estimular a que personas competentes se hagan cargo de las empresas (LLEBOT MAJÓ “Los deberes de los administradores” p.62). Ello implica desde la perspectiva de la crisis empresarial el riesgo del abandono prematuro del intento de salvamento de la empresa OMAR “European initiatives...” ob cit p. 245; KEAY, A. “The Director’S Duty ... ob cit p. 320 y ss., VIÑUELAS SANZ “Insolvencia...” ob cit p. 314.

¹⁶⁴⁵ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 26.

interés de los socios puede ir encaminado más a la gestión fraudulenta que a la responsable conservación y posterior liquidación de los créditos. En tal sentido no parece justificado que el administrador deba atender al beneficio particular de los socios bajo la bandera del interés social. En el ordenamiento anglosajón, cuando el administrador tiene la certeza de la insolvencia futura de la sociedad tiene la obligación de minimizar las pérdidas potenciales de los acreedores tal y como se desprende de la regla del *wrongful trading* (cuando sepa o debiera haber sabido...).

En el derecho español, si bien la estructura del derecho de insolvencia difiere considerablemente del de la *Insolvency Act* inglesa, el administrador también viene obligado a minimizar las pérdidas de los acreedores, en diversos sentidos. Desde el derecho común no es acorde a la buena fe contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir, así como la existencia de determinados deberes informativos que inspiran a la buena práctica contractual. Desde el derecho concursal, con la obligación de solicitar el concurso cuando el administrador tiene el conocimiento de que la insolvencia es actual. Pero, en otros casos puede darse el supuesto de que no exista la certeza de dicha insolvencia, pero sí la creencia o el convencimiento, del mal desenlace de la aventura empresarial. En tales casos el administrador se plantea si ha de actuar de buena fe y tomar medidas que protejan la solvencia de los acreedores. Por ello podrá el administrador solicitar el concurso sobre la base de un concepto amplio y dinámico de insolvencia¹⁶⁴⁶, ya sea actual o inminente.

F. EL INTERÉS SOCIAL, CREACIÓN DE VALOR Y MAXIMIZACIÓN DEL VALOR DE LA EMPRESA.

En el intento de encontrar un criterio objetivo que permita definir que es el interés social, desde una perspectiva contractualista se acude a la llamada solución financiera, es decir el incremento del precio de la acción como criterio objetivo de creación de valor para el accionista (*shareholder value*). Para un sector de la doctrina¹⁶⁴⁷, la creación de valor para el accionista -desde su perspectiva financiera- es el criterio más seguro y fiable de seguir en aras de la persecución del interés social – siempre y cuando los socios no hayan acordado otra cosa¹⁶⁴⁸-, pues es fácilmente objetivable, evita el abuso encubierto de los administradores, y en definitiva, supone el más adecuado criterio objetivo que responde a la cuestión de qué es lo que hubieran querido los socios ante una determinada decisión¹⁶⁴⁹. Pero dicho criterio no ha estado

¹⁶⁴⁶ PULGAR EZQUERRAL *La Declaración...* ob cit. p. 322

¹⁶⁴⁷ Vid. PAZ-ARES, C. “El gobierno de las sociedades...” ob cit p.1808 y 1809, y también como criterio acogido por el informe Olivencia. Ob cit p.1806; ALFARO ÁGUILA-REAL, *Interés social y derecho suscripción...* ob cit p. 22 y ss; ALONSO LEDESMA, C. “El buen gobierno...” ob cit p. 150 y ss.

¹⁶⁴⁸ Entiéndase siempre y cuando en el común acuerdo de los socios no se consideren otros objetivos distintos como fin social, pues en definitiva, la postura contractualista, sobre la base de la autonomía privada, tiende a dar libertad para elegir los propios fines. La solución financiera opera pues como criterio subsidiario. Así decía FRIEDMAN que la obligación de los administradores se orienta a satisfacer los deseos de los accionistas, que generalmente (y salvo que expresen otros deseos), será conseguir tanto dinero como sea posible (FRIEDMAN, Milton, “The Social Responsibility...” ob cit p. 33).

¹⁶⁴⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL *Interés social...* ob cit p. 64.

exento de polémica, puesta de manifiesto en el debate del interés social¹⁶⁵⁰. El mercado tiene en cuenta no sólo el valor teórico, sino también las expectativas de futuro por la estructura y desarrollo de la gestión de las empresas. Pero hoy también es generalmente compartido que el mercado no siempre es un parámetro infalible de valoración (como mecanismo de fijación de precios) pues por un lado todos los precios fluctúan, y por otro sucede que a veces el conocimiento de los operadores financieros no es suficiente para la correcta evaluación de una determinada medida o inversión¹⁶⁵¹, por cuanto dichos operadores del mercado no son omniscientes¹⁶⁵². Por lo que a través de la mera cotización bursátil o precio de mercado de la acción (*shareholder value*) no siempre será un medio exclusivo y autosuficiente para evaluar la lealtad o diligencia del administrador, sino que habrá que atender a otros indicios de su conducta¹⁶⁵³. Junto con ello, dicho criterio sólo es útil para la sociedad abierta, sin dar respuesta a las cuestiones de las sociedades cerradas, sobre todo en la pequeña y mediana empresa donde, dada la pequeña dimensión, los criterios contables se relativizan en mayor medida.

Desde la perspectiva financiera de la *shareholder value* (creación de valor para el accionista), la rentabilidad se sitúa como criterio predominante por encima de otros aspectos esenciales para la sociedad como puede ser la permanencia o conservación empresarial. Si bien la permanencia por sí sola no es indicativa necesariamente de interés social (por cuanto la conservación por debajo del coste de oportunidad concurre con el interés de posibilidades alternativas de inversión) la rentabilidad a corto plazo tampoco lo es, pues no siempre se tiene en cuenta la maximización del valor futuro o expectativas globales que implican determinadas políticas conservativas de la sociedad¹⁶⁵⁴. En este sentido, desde algunos sectores¹⁶⁵⁵ se han puesto de manifiesto los problemas de dicho criterio por su limitación al corto plazo, tratando de fijar el interés en una perspectiva global de futuro, compatible con otros intereses, que terminan redundando en el futuro beneficio de la empresa¹⁶⁵⁶.

Pese a que es cierto que la regla de la *shareholder value* ha perdido fuerza¹⁶⁵⁷ con los últimos escándalos financieros que han acontecido en las dos últimas décadas,

¹⁶⁵⁰ SANCHEZ CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 64 y ss; EMBID IRUJO, José Miguel. “El presente incierto del derecho de sociedades”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 272, 2009, p.453-482 ob cit p.465 “*Si el objetivo de toda sociedad [...] es la creación de valor para el accionista (shareholder value) el derecho de suscripción preferente, al menos en su versión tradicional, puede considerarse una rémora a dicha finalidad*” en contra ALFARO ÁGULA-REAL *Interés social...* ob cit. p. 22 y ss; ALONSO LEDESMA “*La exclusión del derecho...*” ob cit p.24 y ss.

¹⁶⁵¹ Sobre los problemas que se ha puesto de manifiesto respecto de la definición del interés social mediante la maximización del valor bursátil de la acción SANCHEZ CALERO GUILARTE, “la creación...” ob cit p. 46, y ss.

¹⁶⁵² Se puede prever, pero no siempre acertar en la evolución futura de la viabilidad empresarial y el precio de las acciones –y por tanto en la valoración de la conducta del administrador- pues determinadas expectativas o estrategias (que se deciden en los consejos de administración) no son conocidas ni valoradas en los mercados, como tampoco lo serán en el conocimiento de la intención o buena fe del administrador en la toma de decisiones.

¹⁶⁵³ ESTEBAN VELASCO, “Interés Social...” ob cit p. 43.

¹⁶⁵⁴ ESTEBAN VELASCO, *El poder...* ob cit. p.590 la permanencia por si sola no es indicativo de interés social por cuanto la conservación por debajo del coste de oportunidad concurre con el interés de posibilidades alternativas de inversión, y la rentabilidad puede sacrificar otros valores.

¹⁶⁵⁵ ESTEBAN VELASCO, “Interés social...” ob cit. 40 y ss.; RODRIGUEZ FERNANDEZ, J.M. *El gobierno...* ob cit p. 17 y ss, y p. 28 y ss; ALONSO UREBA, “El gobierno...” ob cit. p. 98 y ss.

¹⁶⁵⁶ El interés social como maximización del valor de la empresa en un sentido más amplio, implica sustituir el concepto de creación de valor para el accionista (“solución financiera” *shareholder value*) por creación de valor futuro para la empresa. Esta perspectiva pone en conexión la dualidad empresa-sociedad, tomando en consideración la propia estructura organizativa suprasocietaria como criterio de definición del interés social. Pero la consecuencia es que ello supone adentrarse en el terreno de la subjetividad de un criterio de una amplitud de límites difusos.

¹⁶⁵⁷ En este sentido, SANCHEZ-CALERO GILARTE, “Creación...” ob cit p. 28, 64 y ss, examina la pérdida de “pujanza” de la creación de valor como único criterio.

todo lo que sea alejarse del criterio objetivo de la creación de valor para el accionista, es susceptible de generar ciertos riesgos para los accionistas, y el aumento de la discrecionalidad de los administradores que controlan la sociedad, pues con ello se abre la puerta a la homologación de cualquier criterio de valoración, que aunque genere perjuicios inmediatos, resultaran válidos bajo la excusa de las expectativas futuras. Si bien es cierto que se han dado determinados casos en que la carrera cortoplacista ha fomentado el aumento especulativo, ello no puede considerarse una auténtica creación de valor, con consiguiente responsabilidad por tales prácticas. con ello se pone de manifiesto, que la discusión acerca del criterio de la *shareholder value* no es un problema jurídico —o al menos exclusivamente—, sino que debe trascender al ámbito de lo económico¹⁶⁵⁸, pues si el desafío se encuentra en la dificultad de las técnicas económicas (de la contabilidad financiera para informar a los operadores, así como de las técnicas de los analistas en el impulso de los mercados) será desde el ámbito económico, desde donde deben emerger los criterios científicos que mejoran lo que concierne al establecimiento los mecanismos correctos para la correcta valoración de las empresas y de sus expectativas globales.

¹⁶⁵⁸ SÁNCHEZ CALERO GUILARTE, “Creación...” ob cit p. 13. Sobre todo en el ámbito de la economía de la empresa y de la técnica contable.

II. DEBERES FIDUCIARIOS DE LOS ADMINISTRADORES DE LAS SOCIEDADES EN CRISIS

1º. Los deberes del administrador como *deberes fiduciarios*

El artículo 226 de la LSC establece la obligación de los administradores de cumplir los deberes impuestos (legales y estatutarios)¹⁶⁵⁹, con lealtad¹⁶⁶⁰, “*en defensa del interés social*”. Los deberes de los administradores en el ejercicio de su cargo adquieren relevancia por ser éstos los llamados orgánicamente a ejecutar los actos de la *persona ficta* en defensa del interés de la misma, mediante una relación fiduciaria que mantienen con la sociedad como gestores y representantes de la misma. Esta relación basada en la confianza, ha despertado siempre la lógica preocupación del legislador y la doctrina en el tratamiento jurídico de los llamados costes de agencia¹⁶⁶¹. La modificación de la Ley de Sociedades Anónimas mediante la Ley de Transparencia introduce –entre otras cuestiones- el desarrollo de los deberes genéricos de diligencia de los administradores, en el contexto histórico de consolidación del sistema de buen gobierno corporativo. Junto al deber general de diligencia ya previsto en el antiguo 127 LSA, como principal deber del administrador que ejerce el cargo con la diligencia de un *ordenado empresario y representante leal*, se introduce el desarrollo de los deberes concretos de lealtad, secreto y fidelidad al interés social¹⁶⁶². De dicha fidelidad emana el concepto de deber fiduciario del administrador. Con el nuevo texto refundido desaparece el concepto de fidelidad, y la defensa del interés social queda comprendido dentro del específico deber de lealtad, según dispone la nueva redacción del artículo 226 LSC¹⁶⁶³.

Deberes fiduciarios como expresión en el ámbito societario tiene su origen en el derecho anglosajón (*fiduciary duties*)¹⁶⁶⁴, y que adquiere una gran importancia en materia de insolvencia al ser uno de los mecanismos a través de los cuales la jurisprudencia anglosajona ha venido configurando el deber y la responsabilidad de los administradores frente a los acreedores concursales¹⁶⁶⁵, al no existir una exigencia

¹⁶⁵⁹ RIBAS “Artículo 226..” ob cit p.1626.

¹⁶⁶⁰ El nuevo artículo 226 LSC suprime el concepto de fidelidad que preveía el anterior 127 bis de la LSA, por el de lealtad en defensa del interés social. FONT GALÁN ob. cit. p. 601 menciona la división de deberes impuestos y deberes inherentes de los administradores en función de los artículos 127 bis y 133 LSA. EMPARANZA indica que realmente se han condensado los deberes de lealtad y fidelidad bajo la rotulación unitaria de los deberes de lealtad (EMPARANZA, A. “Los conflictos...” ob cit p.151)

¹⁶⁶¹ O costes de transacción, vid. PAZ-ARES, “Principio de eficiencia y ...”, ob cit p 2853, ARRUÑADA, B. *Empresa, Mercado...* b cit p.149.

¹⁶⁶² HERNANDO CEBRIA, L. *El deber de diligente...* ob cit p. 27-28.

¹⁶⁶³ EMPARANZA, A. “Los conflictos...” ob cit p.150

¹⁶⁶⁴ MAYSON *Company Law...* ob cit p. 447; DAVIES *Grower’s Principles...* ob cit p. 599-601; MORSE, G. *Company Law...* ob cit p. 345.

¹⁶⁶⁵ BACHNER *Creditor’s...* ob cit p.236; Dado que no existe un deber concreto de solicitar el concurso, y sobre ello se construye la responsabilidad por concursal del administrador. KÜBLER, F. ASSMANN, H.D. *Gesellschaftrecht...* ob cit. p. 151-152 El enfoque americano y anglosajón de la RSC, se basa en la teoría de los deberes fiduciarios,

expresa *ex lege* de solicitar el concurso. La utilización de la expresión *deberes fiduciarios* en nuestro derecho, no obstante, dista del concepto anglosajón, pues si existe una configuración de deberes legales que hacen innecesario acudir a los mecanismos de aplicación de dicha tesis jurisprudencial¹⁶⁶⁶. Por ello, el uso de la expresión por parte de nuestra doctrina es relativa y genérica, al no constituir una autentica categoría jurídica en nuestro Derecho, pues es frecuentemente utilizada para hacer referencia al conjunto de deberes orgánicos del administrador frente a la sociedad que ha depositado su confianza en él.

Teniendo en cuenta la naturaleza del órgano de administración, se acude con frecuencia al concepto de deberes fiduciarios para aludir al conjunto de deberes que ha de observar un administrador en el desempeño de su cargo¹⁶⁶⁷, dada la confianza necesaria que en el órgano se deposita por parte de los socios que constituyen la sociedad¹⁶⁶⁸. De entre los deberes del administrador, junto a los *deberes impuestos* por las leyes y los estatutos de los art. 226 y ss LSC¹⁶⁶⁹ -donde la fidelidad al interés social se puede considerar como el deber general que irradia sentido y significado al resto de deberes de diligencia, lealtad y confidencialidad, dada la función normativa estructurante del interés social-, se podría considerar la existencia de otros *deberes inherentes* al desempeño del cargo (de carácter general)¹⁶⁷⁰. La existencia de unos deberes del administrador frente a los acreedores, más allá de los expresamente establecidos por la ley, se podrían entender por tanto, dentro de aquellos deberes fiduciarios del administrador inherentes al desempeño del cargo, de carácter general, y que no suponen la inobservancia de ningún deber objetivo de cuidado¹⁶⁷¹, sino como manifestación de un deber general de diligencia (como deber de carácter general)¹⁶⁷².

Ha sido constante preocupación en la doctrina¹⁶⁷³ la búsqueda de mecanismos que tiendan a proteger al acreedor frente a la crisis o en la proximidad a la insolvencia, siendo las acciones de responsabilidad del administrador societario uno de los mecanismos esenciales de protección. Esta idea es la que empuja a plantearse dos cuestiones respecto del contenido de los deberes fiduciarios del administrador en situaciones de crisis empresarial: una sobre la necesidad de que exista un ámbito de protección preconcursal o de proximidad a la insolvencia¹⁶⁷⁴ (anterior a la declaración del concurso), y si existe dicho deber, otra acerca de la posibilidad de construir dicha

frente a la doctrina alemana basada en el *Unternehmeninteresse*, orientado a los diferentes intereses que comprende el fin empresarial.

¹⁶⁶⁶ MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 102.

¹⁶⁶⁷ QUIJANO GONZÁLEZ, “Deberes fiduciarios de los administradores”. *Cuadernos de derecho para ingenieros*. Vol. 3, 2009 (Gobierno corporativo / coord. por José Cándido Paz-Ares Rodríguez), p. 158 y ss.

¹⁶⁶⁸ Confianza y en confidencia como indica MAYSON (“*in relationship of trust and confiden*”) MAYSON *Company Law*...ob cit p. 447.

¹⁶⁶⁹ FONT GALÁN “La fidelidad...” ob cit p.603 y 605, pese al carácter general del deber de diligencia (caracterizado como “*supradeber*”).

¹⁶⁷⁰ FONT GALÁN “La fidelidad...” ob cit p. 601.

¹⁶⁷¹ MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 104 y 110.

¹⁶⁷² GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 319 se refiere a que, aunque la causa de reclamaciones que tienen los acreedores contra la sociedad es esencialmente de naturaleza contractual, en ciertas situaciones los acreedores sociales también pueden reclamar la responsabilidad por la vulneración de los deberes de diligencia. Es decir por inobservancia de los deberes generales de cuidado que tiene los administradores en el desempeño del cargo.

¹⁶⁷³ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit p. 269; FERNANDEZ DEL POZO; *Posibilidad y contenido*...ob cit p. 37 y ss; POLO “Responsabilidad de administradores...” ob cit p. 388. En el ámbito anglosajón; ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79; FLETCHER *The Law of*...ob cit p. 708.

¹⁶⁷⁴ FERNÁNDEZ DEL POZO; *Posibilidad y contenido*...ob cit p. 50 y ss. ALONSO LEDESMA “Derecho de sociedades...” ob cit p.79, u 92

protección a través de un deber fiduciario que surgiera de una interpretación amplia del interés social en la proximidad a la insolvencia¹⁶⁷⁵.

2º El deber de protección del acreedor en la proximidad a la insolvencia

A. DEBERES PRECONCURSALES EX LEGE

Las distintas legislaciones en el ámbito europeo siempre han estado preocupadas por la cuestión de la negligencia de los administradores en el periodo preconcursal¹⁶⁷⁶, pero la armonización en dicha materia ha quedado estancada, debido a los problemas que emanan de la divergencia estructural de los diferentes Ordenamientos en materia concursal. La protección de los acreedores en un momento previo a la insolvencia, tiene reflejo legislativo en algunas normas de nuestro Ordenamiento, sobre todo en materia de responsabilidad de administradores, donde junto a la responsabilidad concursal (172.bis LC) existen otras acciones de responsabilidad general (236 LSC) o más específicamente responsabilidad por deudas (367 LSC), por actos negligentes en el periodo previo al concurso. Pero sobre todo es en el seno del derecho concursal donde existen ciertas normas de protección referidas a un periodo preconcursal en tanto en cuanto que se refieren a protección de los acreedores en momentos anteriores a la propia insolvencia¹⁶⁷⁷, como es el caso de las acciones de reintegración de la masa activa (art. 71 LC), de la insolvencia inminente como presupuesto objetivo del concurso (art. 2 LC), o de la propia responsabilidad concursal por actos previos a la declaración del concurso (incumplimiento del deber del art. 165.1º LC de solicitud del concurso, salidas fraudulentas del patrimonio social del 164.2.5º LC, o simulación de actuaciones patrimoniales ficticias ex 164.2. 6º LC).

Bien es cierto que existen determinados deberes de los administradores relativos a situaciones de crisis previas al concurso en la Ley de Sociedades de Capital, como es el deber de disolución del artículo 363, cuya responsabilidad se refiere a las deudas posteriores al acaecimiento de dicha causa, siempre y cuando estemos ante un acreedor o tercero de buena fe (tal y como ha reiterado el Tribunal Supremo¹⁶⁷⁸, por lo que más arriba se ha defendido su configuración como un auténtico deber informativo). Por tanto, podríamos afirmar que los administradores tienen un deber preconcursal *ex lege* de disolver la sociedad cuando exista una causa de disolución (generalmente pérdidas cualificadas), o al menos un deber de poner en conocimiento de la otra parte la situación de desbalance, infracapitalización o insolvencia, y en este último caso no sólo tiene la obligación de notificar la insolvencia sino de instar el concurso.

¹⁶⁷⁵ MARÍN DE LA BÁRCENA “El concepto...” ob cit p. 272 y 273.

¹⁶⁷⁶ POLO SÁNCHEZ, Eduardo. “Responsabilidad de administradores. ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales? En AAVV, I congreso nacional de derecho mercantil, Madrid: Civitas, 2007. p. 388.

¹⁶⁷⁷ ALCOVER GARAU “Aproximación...” ob cit. 96 y ss “La doble reforma...” ob cit 88 y ss.

¹⁶⁷⁸ Entre otras Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de mayo de 2009, la STS 173/2011 de 17 de marzo, STS 826/2011 de 23 de noviembre, STS 942/2011 de 29 de diciembre, STS 225/2012 de 13 de abril, o la STS 395/2012 de 18 de junio.

Respecto de las acciones de reintegración, no es necesaria la existencia de elemento subjetivo alguno¹⁶⁷⁹, ni siquiera de negligencia, bastando el simple perjuicio patrimonial de la masa para que opere la reintegración, por lo que dichas medidas “preconcursoales”, son independientes de la responsabilidad del administrador.

En la Ley Concursal, uno de los deberes esenciales de un administrador diligente es solicitar el concurso una vez alcanzado el presupuesto objetivo –la insolvencia-, pero ello, -si bien es un deber *preconcursoal* desde un punto de vista procesal- no es un auténtico deber *preconcursoal* desde un punto de vista material, por cuanto ya se ha producido la insolvencia, y entra dentro del ámbito sustantivo de la regulación de la *lex concursus*¹⁶⁸⁰. Otros deberes esenciales son los relativos a la conservación patrimonial (164 LC). Dichos deberes previos al concurso, se refieren a conductas fraudulentas o dolosas del administrador por vaciar el patrimonio social, pero en ausencia de tratamiento concursal de dichos deberes quedarían las normas del derecho común para exigir la responsabilidad del administrador. Igualmente los deberes informativos de la ley concursal (sobre todo llevanza de una ordenada contabilidad, art. 164 y 165) no implican realmente deberes nuevos, sino que son deberes ya existentes en el Ordenamiento, relativos a la publicidad registral de las sociedades, y a los deberes generales de información. Además de ello la responsabilidad por concurso culpable por inobservancia de dichos deberes sería una responsabilidad concursal ex 172 bis LC, es decir, una vez abierto el concurso y la fase de liquidación.

B. DEBERES PRECONCURSALES DEL ADMINISTRADOR COMO PARTE CONTRACTUAL

Fuera de los deberes establecidos expresamente en la ley, existen otros deberes relativos a la fase previa al concurso, que no surgen expresamente de una concreta disposición, sino más bien de forma genérica de las reglas generales de la contratación, y sobre todo del deber genérico de buena fe¹⁶⁸¹ (todo ello comprendido dentro del deber general de diligencia¹⁶⁸²). Es el caso de determinados deberes informativos en las fases de crisis empresarial, pero que determinan un deber especial más que el que surge fruto de la relación obligacional entre contratantes como manifestación de la buena fe contractual, cuya fuente son las reglas de la teoría general de las obligaciones, es decir, atender a los requerimientos informativos de la otra parte, no suministrar datos erróneos, no tratar cuando se sabe que no se podrá cumplir, etc.¹⁶⁸³

En tal sentido, podemos afirmar que los deberes fiduciarios del administrador en la proximidad a la insolvencia vendrán determinados por las reglas generales del derecho común que regulan las relaciones entre los contratantes, es decir, deberes

¹⁶⁷⁹ ALCOVER GARAU. “Aproximación...” ob cit p. 331 y ss; DIEZ-PICAZO *Fundamentos...vol II*, ob cit. p.731.

¹⁶⁸⁰ En el sentido de que no existen argumentos para defender que concursal y preconcursoal constituyan categorías distintas, desde un punto de vista material, dentro de la propia ordenación concursal.

¹⁶⁸¹ DAVIES, *Grower's Principles...* ob cit p. 601; MORSE, G. *Company Law...* ob cit p. 345.

¹⁶⁸² Por inobservancia de los deberes generales de cuidado que tiene los administradores en el desempeño del cargo; GROSS-BROWN, S. “Deberes de administradores...” ob cit p. 319. ESTEBAN VELASCO “” ob cit “La acción...” ob cit p. 183-184. *vid* MARÍN DE LA BÁRCENA “Deberes y responsabilidad...” ob cit p. 104 y ss. MORILLAS JARILLO, María José. “El problema de la determinación del interés social ...”. p. 93.

¹⁶⁸³ Se hace referencia a aquellos casos que en el marco de la acción social ESTABAN VELASCO “la acción individual...” ob cit, denominaba: “*supuestos de intromisión lesiva en la formación del contrato*” (ob cit p.183).

informativos de acuerdo a la buena fe contractual, según lo cual cada parte le corresponde velar por sus intereses, y al administrador como representante de una de las partes –la sociedad- le corresponde velar por esta, y no por los acreedores que constituyen la parte antagónica de la relación contractual, -salvo que se alcance una situación de insolvencia en sentido amplio, dinámico flexible- en función de la cada circunstancia.

3. Inadecuación del interés social como mecanismo de defensa del acreedor ante la proximidad a la insolvencia

En el sentido de lo expuesto, parece que nuestro ordenamiento jurídico es conforme a la existencia de determinados deberes preconcursales del administrador para con los acreedores, que emanan de la relación obligacional de las partes, dada su condición órgano ejecutivo de una de las partes contractuales. Precisamente por ello – por su condición orgánica-, es más cuestionable desde mi punto de vista, que dichos deberes en la fase de proximidad a la insolvencia lo sean como una manifestación de un concepto amplio de interés social que comprenda otros intereses más allá del propio de los socios, pues hablamos de un órgano de una de las partes contractuales. Por el contrario tenderemos a pensar que la existencia de dichos deberes se justifica en las normas generales de la contratación y por tanto de la buena fe contractual, que ha de imperar entre las partes.

El concepto de interés social como instrumento de gestión que habilita al administrador a tener en cuenta otros intereses, es cuestión problemática que reconduce al debate institucionalista-contractualista. El interés social es sustituido por el interés concursal cuando se abre el procedimiento concursal. Hasta entonces es el interés social el único que ha de regir la actuación gestora del administrador.

A. EL PREDOMINIO DE LA PERSPECTIVA CONTRACTUALISTA

La apertura del fin social a otros intereses como principio institucionalista y de RSC/E, ha partido de la premisa de una compatibilidad de fines que tienden a mejorar las expectativas globales de la empresa en la persecución de dichos objetivos, tratando de alejarse de concretos criterios financieros que enmascaran en ocasiones auténticas decisiones que no maximizan el beneficio social. El problema de esta postura es que no tiene en cuenta la relatividad económica del concepto de utilidad individual¹⁶⁸⁴, que necesariamente sólo puede depender del sujeto. La utilidad individual no es valor absoluto y universal sino que como manifestación más elemental de la libertad, lo beneficioso para cada cual sólo puede depender del individuo que ostenta la titularidad del derecho y por tanto que ejerce en la negociación contractual su autonomía privada.

¹⁶⁸⁴ POSNER, R. *El análisis...* ob cit p. 26.

Es a la sociedad y a sus socios a quienes le corresponde decidir cuáles son precisamente los criterios de determinación del valor, y los fines que prefieren perseguir, pues ello es la base de la autonomía privada, y de la libertad de empresa. Es decir, que si bien es cierto que la “solución financiera” tiene sus riesgos y problemas (especulación, volatilidad, fallos del mercado, cortoplacista), también los tiene las soluciones más globales -que tiende a la responsabilidad corporativa-, por cuanto el criterio de valoración resulta más indeterminado y relativo. Por ello, no se trata de cuál es el mejor criterio de valoración, sino de a quién le corresponde decidir, o dicho de otro modo, la decisión de quién se debe seguir. Y esa decisión ha de corresponder a la sociedad expresada mediante la voluntad de sus socios a través de la junta general, pues es este el órgano decisorio de la sociedad (art.159 LSC)¹⁶⁸⁵.

En la relación contractual la asunción del riesgo forma parte del precio del contrato¹⁶⁸⁶, por lo que el riesgo de insolvencia de cada una de las partes es valorada por la otra, a la hora de fijar las prestaciones. Cuando el riesgo aumenta ello tiene su repercusión en la dinámica negociadora por una elevación de la prima de riesgo, por lo que el efecto lógico de dicho incremento será la retribución del riesgo asumido. Si en caso de crisis -anterior a una efectiva insolvencia-, en vez de tratar de atender a maximizar las utilidades de los socios, se atiende preferentemente al interés del acreedor, éste se estará beneficiando doblemente en la contratación (una con la retribución de una concreta prima del riesgo, y otra con la medida proteccionista del acreedor adoptada por el administrador). Situación distinta se da cuando no existe un equilibrio negociador entre las partes (pequeños acreedores, trabajadores, consumidores, responsabilidad extracontractual), pero en dichos casos o bien existen sus correspondientes normas de protección en el Ordenamiento (derecho laboral, derecho de consumidores, etc.)¹⁶⁸⁷, o bien, a la parte débil de la relación no le es eficiente monitorear el riesgo y -en beneficio de su rentabilidad media- prefiere asumirlo por sistema¹⁶⁸⁸.

En situaciones de crisis, además de la relatividad conceptual que implica *la maximización del valor*, la conciliación de intereses se torna más complicada, y siempre habrá que postergar unos intereses en beneficio de otros¹⁶⁸⁹, pues el riesgo de insolvencia pone de manifiesto un mayor acento en la contraposición natural entre las partes. Es el socio a quien le corresponde decidir qué es lo que le beneficia, subjetivamente o según su propio criterio de utilidad, no pudiendo conferirse al administrador dicha tarea, ni a ningún sistema normativo -como la RSC- cuyos fines son extraños al ámbito societario.

El derecho de sociedades además de tutelar las relaciones entre los socios, también establece el margen de los instrumentos de que disponen aquellos para

¹⁶⁸⁵ La junta general como el órgano que representa el capital, y que viene a legitimar al órgano de administración es el órgano decisorio frente al segundo como órgano ejecutivo. En tal sentido URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, J.M. *Comentario al régimen legal de las sociedades Mercantiles*. TomoV. Civitas: Madrid. 1992. p. 28; VINCENT CHULIA *Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. p. 360; SENENT MARTINEZ, Santiago. “Capítulo I. Naturaleza Jurídica y Competencias” En AAVV *Órganos de la sociedad de capital. Tomo I. Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. p. 48 y ss.

¹⁶⁸⁶ PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 260.

¹⁶⁸⁷ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 280, ENRIQUES/ HANSMANN/ KRAAKMAN ob cit , p 62 y ss.

¹⁶⁸⁸ PAZ-ARES “La infracapitalización...” ob cit p. 262.

¹⁶⁸⁹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, “Creación....” ob cit p. 12.

organizarse y para tutelar sus derechos¹⁶⁹⁰, por lo que una intromisión de otros intereses cuya tutela forma parte de otras áreas del ordenamiento (concursal, obligacional, o laboral, etc.) significa cubrir dos veces intereses ya protegidos o tutelados, dejando al descubierto un interés digno de protección -el del socio- en relación con otros sujetos que pueden formar parte de la relación (acreedor, trabajador, consumidor, etc...) que ya tienen sus respectivos ámbitos de protección en el Ordenamiento. Por ello, investir al administrador de la potestad de decidir acerca del interés social sin tener en cuenta el máximo interés del socio, no sólo implica conculcar las normas de representación sino, que además, se le está concediendo la facultad de decidir sobre algo -el fin social- cuya potestad no le corresponde, pues no le puede corresponder la tarea de la justicia redistributiva que implica la decisión de otorgar beneficios a terceros (función propia del derecho fiscal).

Los socios fundan la sociedad persiguiendo un fin social, y es el conjunto de los socios convocados en Junta General, en virtud del art. 160 LSC, quien tiene la competencia para disolver y extinguir la misma, así como para nombrar y destituir al administrador, para modificar los estatutos, para transformar la sociedad, o para aprobar sus cuentas, así como para cualquier otro asunto que determinen los estatutos (art. 160 i) LSC), lo que constituye a la junta de socios como el órgano decisorio por naturaleza¹⁶⁹¹, quienes tienen que definir, delimitar o especificar cuáles el contenido esencial del interés social, como decisión suprema de la sociedad -en su génesis de asociación de interés particular, que así establece el artículo 35.2º CC- y en su caso establecer excepciones o límites que vengán a deslindar su contenido, correspondiendo al administrador una función ejecutiva de desarrollo e integración de la directrices de la junta¹⁶⁹² en materia de interés social realizando todos los actos necesarios para la consecución del objeto y fin social¹⁶⁹³, sin que pueda o deba limitar o postergar dicho fin, sin mandato legal específico o estatutario. Lo contrario no se ajusta al espíritu del ordenamiento (*entity law approach*). Concederle al administrador la competencia para limitar, reducir o contradecir el interés social decidido por los socios, postergando el interés de la sociedad frente a otros grupos de interés, supone además un desincentivo a la asunción de riesgos, una elevación del ámbito de discrecionalidad¹⁶⁹⁴ del administrador -ya de por sí amplio como órgano de gestión y representación de la persona jurídica, con el consiguiente aumento de la inseguridad jurídica- y con ello una elevación de los costes de agencia, y desprotección de las minorías¹⁶⁹⁵. Esta desprotección del socio minoritario, sobre todo en aquellos casos de mayor divergencia entre control y propiedad¹⁶⁹⁶, demandará mayores mecanismos de alineación de

¹⁶⁹⁰ EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*...ob cit p.58 y ss alude a la doble dimensión del derecho de sociedades: sociedad como contrato obligatorio, y sociedad como contrato de organización.

¹⁶⁹¹ URÍA GONZÁLEZ/ MENÉNDEZ MENÉNDEZ/MUÑOZ PLANAS *Comentario al régimen legal*...ob cit. p. 28 y ss.; VINCENT CHULIA *Introducción al Derecho*... ob cit. p. 360; SENENT MARTINEZ, S. "Capítulo I. Naturaleza Jurídica..." ob cit. p. 48.

¹⁶⁹² SENENT MARTINEZ, S. "Capítulo I. Naturaleza Jurídica..." ob cit. p. 49.

¹⁶⁹³ ESTEBAN VELASCO "Artículo 161..." ob cit p. 1209.

¹⁶⁹⁴ Idea del fin social como límite externo del administrador (no como una facultad discrecional). Vid. MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel, "La representación orgánica..." ob cit p. 94-98. EMPARANZA. "Los conflictos de interés..." ob cit p. 151-152.

¹⁶⁹⁵ VELASCO SANPEDRO "El gobierno..." ob cit p. 3015.

¹⁶⁹⁶ ALFARO AGUILA-REAL *Interés social*.... ob cit. p. 33, DE ARRIBA FERNANDEZ. *Derecho de grupos*... ob cit p. 220-221.

intereses dado el incremento del riesgo de deslealtad, o de desviación hacia un interés propio del administrador¹⁶⁹⁷.

La atención a otros intereses se basa en la función social de la propiedad¹⁶⁹⁸ y en la función que desempeñan las grandes corporaciones en su capacidad de influir cada vez en mayor medida directamente en la sociedad e indirectamente en la vida de los particulares¹⁶⁹⁹. Es probable que dicha cuestión requiera de un distinto tratamiento legislativo dada su influencia, o la implantación de determinados mecanismos de protección de las comunidades y de sus miembros frente a las actuaciones de dichas empresa mastodónticas (intervención, control, transparencia, etc.). Pero al margen de estas cuestiones, por un lado, la realidad del tráfico indica que la inmensa mayoría de las empresas españolas son pymes (menos del 2% de las sociedades de nuestro país son empresas con más de 50 trabajadores)¹⁷⁰⁰, y por otro lado la Responsabilidad social Corporativa no es consustancial a la forma societaria, sino que más bien su reclamo y utilidad se conecta en función de magnitud de las empresas, convirtiéndose realmente en un asunto que en la realidad solamente atañe a las grandes organizaciones empresariales. Por ello, no es el derecho de sociedades el ámbito idóneo para regulación de dichos mecanismos. El derecho de sociedades, no existe para modificar las prioridades marcadas o los resultados de la ordenación, ni es instrumento exclusivo de la ordenación económica, cuyo fin excede de los límites del propio ámbito societario. Por ello no parece adecuado configurar el interés social como elemento para definir el interés empresarial general dentro del ámbito de nuestra ordenación económica, sino como el interés de los miembros de la asociación, que son los titulares de los intereses que la *lex societis* ha de tutelar, es decir, los socios.

La apertura del interés social a otros intereses implicaría una sustitución del interés social como interés del socio, por el interés de la organización en sí (*Unternehmen an Sich*), como institución, es decir, primacía de la empresa frente a la persona jurídica, lo que implica obviar los mecanismos que configuran a la sociedad como centro de imputación de responsabilidad¹⁷⁰¹. El debate sobre el interés social no debe plantearse tanto desde la pregunta ¿qué es interés social? sino si el concepto sobre el qué construir el derecho mercantil debe ser el interés social o el interés empresarial¹⁷⁰².

Otros problemas típicos del derecho de sociedades se han solucionado mediante arduos trabajos interpretativos en el seno de normas societarias¹⁷⁰³. Pero no todas las

¹⁶⁹⁷ A este respecto, indica DUQUE, que la definición del interés social es el problema fundamental de la sociedad puesto que en él se sustancia verdaderamente la tutela de la minoría (DUQUE DOMINGUEZ, J. *La tutela de la minoría*.... ob cit p. 68); ALONSO LEDESMA "Derecho de sociedades..." ob cit p.92

¹⁶⁹⁸ ESTEBAN VELASCO, "Interés social..." ob cit. p. 40 y ss. MORILLAS JARILLO, María José. "El problema de la determinación del interés social ..." p. 103.

¹⁶⁹⁹ SANCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. "El interés social..." ob cit. p. 1668.

¹⁷⁰⁰ EMBID IRUJO, SALAS FUMÁS "El gobierno..." ob cit p. 18, (referencia al INE).

¹⁷⁰¹ DE ARRIBA FERNÁNDEZ. *Derecho de grupos*... ob cit p. 221 y ss, sobre interés social e interés grupal.

¹⁷⁰² KÜBLER, Friedrich; *Derecho de Sociedades*...ob cit p. 34; ULMER, Peter. *Principios*... ob cit p. 158-159, entiende la cogestión y el derecho de grupo como manifestaciones del derecho de empresa en el ámbito societario.

¹⁷⁰³ Es el caso de la existencia de determinadas situaciones de lesión de intereses dignos de protección, en nuestra legislación, que se han puesto de manifiesto en el derecho de sociedades con la existencia de distintos mecanismos de lesión de acreedores, con la llamada solución del levantamiento del velo. No obstante, la solución no tiene porque suponer una quiebra de la responsabilidad limitada de personalidad jurídica (EIZAGUIRRE, *Derecho de sociedades*...ob cit p. 91), puesto que se produce más por una correcta aplicación de las normas societarias, en base a la identificación del correcto centro de imputación de responsabilidad (responsabilidad del administrador societario, de la sociedad dominante, o del administrador de hecho PAZ-ARES en URÍA/MENEZ ob cit p. 598 y ss.).

soluciones insatisfactorias de la ordenación económica corresponden ser tratadas por el derecho de sociedades. Por ello la insatisfacción respecto de las normas en periodos de preinsolvencia, tiene origen en mucha mayor medida en las normas específicas (que consideran los intereses de terceros que se relacionan con la sociedad como p.e. leyes laborales, concursales, fiscal, etc.). Pero esa insatisfacción es resultado del hecho de que dichas normas específicas en cuestión, han optado por dar primacía a unos intereses sobre otros. Por ello, es en el seno de dichas disciplinas donde deben tratarse. La tutela del acreedor frente a la crisis deberá tutelarse de forma unitaria mediante la definición de un concreto concepto de insolvencia actual (concepto dinámico y relativo que depende de la concreta situación económico-financiera de cada caso), y sobre esa base construir la solución a los casos insatisfactorios.

No se pretende afirmar en este trabajo que determinados grupos de interés como trabajadores, consumidores, proveedores o ciudadanos en general deban disfrutar de un mayor o menor ambito de protección legislativa, ni prejuzgar el contenido de la constitución económica, o de la función social de la propiedad, sino poner de manifiesto que dichas tareas no son propias del derecho de sociedades¹⁷⁰⁴, a quien no se le puede otorgar una función redistributiva que debe corresponder a otros sectores (p.e. al derecho fiscal), pues sino estaremos vaciando de contenido el instrumento diseñado para la tutela del socio¹⁷⁰⁵.

B. LA ATENCIÓN DE OTROS INTERESES EN CRISIS SOBRE LA BASE DE LA BUENA FE

En consonancia a todo lo expuesto, los deberes que los administradores tienen con los acreedores societarios en momentos de crisis previos a la insolvencia, no pueden emanar de un concepto amplio y plural del interés social. La existencia de determinados deberes de los administradores frente a los acreedores sólo pueden emanar de lo expresamente dispuesto en la Ley o los estatutos (226 LSC) o del deber general de la buena fe contractual¹⁷⁰⁶. El ejercicio de la administración de forma contraria a la buena fe contractual de la sociedad (respecto de sus acreedores sociales) puede implicar un incumplimiento del deber de diligente desempeño del cargo, pues es obligación del administrador diligente cumplir lo dispuesto en la Ley. Es sabido que la relación entre la sociedad y los acreedores como relación obligacional es de intereses contrapuestos¹⁷⁰⁷. Es elemento esencial para el funcionamiento de la persona jurídica la representación orgánica del administrador, que además de gestionar representa a la sociedad. Por ello, en la relación obligatoria, el administrador viene obligado, en su función representativa, a velar por el interés de la persona jurídica de la relación -que es la sociedad y no la empresa-. Por ello, cuando otra cosa no disponga la ley, el deber que tendrá el administrador como representante de la sociedad frente a la parte contrapuesta de la

¹⁷⁰⁴ HOPT, Klaus J *Estudios de derecho...* ob cit p. 280.

¹⁷⁰⁵ PAZ-ARES, c. “¿Cómo hacemos...” ob cit. 204-205.

¹⁷⁰⁶ Evidentemente todos los deberes emanan de la ley, incluso los que emanan del principio general de buena fe, pero lo que se quiere poner de manifiesto es que dentro de estos últimos se encuentra un difuso campo de deberes no muy bien delimitados, pero que han de extraerse de las reglas de la buena fe contractual, generalmente en el ámbito de la fase de formación de los contratos.

¹⁷⁰⁷ DIEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema...* ob.cit. p.127 y ss

relación obligatoria (el acreedor), será en base a la buena fe contractual (deber que surge de la titularidad de la sociedad de la posición jurídica en la relación obligatoria¹⁷⁰⁸) sólo que investido como órgano contrapuesto de responsabilidad, como garantía del diligente ejercicio de su función orgánica.

Bien es sabido que, como manifestación del deber general de diligencia, existen ciertos deberes en la fase negocial, generalmente informativos, en base a la buena fe. Antes de la llegada a una situación de insolvencia, dichos deberes son de un alcance limitado, pues también le corresponde a cada parte velar por la solvencia futura de los acreedores con quien contrata. Solamente la situación de insolvencia de fondo (como presupuesto objetivo del concurso o del conocimiento de la imposibilidad de cumplir) determina el surgimiento de unos auténticos deberes de información de dicha insolvencia, y en definitiva de protección de los acreedores, en el sentido de evitar que incurran en perjuicios mayores. Igualmente existe el deber de hacer cumplir las obligaciones contractuales de la sociedad. Por ello, si existe cierto grado de responsabilidad del administrador en la fase previa a la insolvencia, ello vendrá determinado por la vulneración de una norma contraria a la buena fe contractual (falta de información veraz o incumplimiento de lo pactado, etc.), pero no como consecuencia de un concepto amplio del interés social, pues el interés de la sociedad y el de sus acreedores son intereses contrapuestos por naturaleza, en función de partes opuestas de la relación bipolar, que emana la teoría general de la obligaciones.

¹⁷⁰⁸ Como indicaba PAZ-ARES. “La sociedad ...” en URÍA/MENÉNDEZ ob cit. p. 569, la titularidad del derecho de la personalidad jurídica trastoca la aplicación del derecho subjetivo, entre otras formas a través de la necesaria representación orgánica.

CONCLUSIONES

1ª) El análisis de los deberes fiduciarios de los administradores frente a los acreedores sociales en los momentos crisis, en situaciones de proximidad a la insolvencia, parte del previo estudio de las reglas generales que emanan del derecho común, que disciplinan las relación obligatoria entre deudor y acreedor, y especialmente en lo referente a la tutela preventiva del crédito. La responsabilidad patrimonial universal del deudor supone la responsabilidad de éste con sus bienes presentes y futuros como garantía para el acreedor. Los mecanismos de defensa que ofrece el ordenamiento pueden resultar ineficaces frente a la definitiva insolvencia de quien no puede cumplir, pues con el principio de patrimonialidad del crédito -no responde el deudor con su persona sino con su patrimonio- la garantía universal deviene ineficaz con la insolvencia definitiva, hasta que el deudor llegue a mejor fortuna. Por ello, la insolvencia supone en si misma una lesión al derecho de crédito, tomando relevancia la distinción entre el riesgo de insolvencia frente al riesgo de la prestación. Mientras el segundo se refiere a la imposibilidad del cumplimiento en los términos de la prestación pactada, quedando abierta la posibilidad del resarcimiento, la primera se refiere a la imposibilidad de tal resarcimiento.

2ª) La determinación general del reparto contractual del riesgo no puede ser perfilada de una forma clara por la multitud de supuestos y circunstancias, pero si se pueden extraer del espíritu de determinadas normas de derecho civil, las reglas generales que han de inspirar el reparto contractual del riesgo entre las partes, en función de la diligencia debida. De algunos preceptos del Código Civil (1206, 1529, 1129, etc.) se puede extraer la idea general de que corresponde al acreedor el control de la solvencia futura del deudor, de velar por sus créditos, y cuidar o informarse de con quién, con qué condiciones y en qué circunstancias se contrata, correspondiendo al deudor suministrar la información requerida por el acreedor, no engañar o inducir a error, y no ocultar aspectos

esenciales como la propia insolvencia o el conocimiento cierto de que no se podrá cumplir, todo ello, como manifestación de la buena fe que ha de inspirar a la relación entre contratantes (art. 1258 CC). Dicha cuestión descansa sobre la base de que el vicio del consentimiento por error, está sujeto a la excusabilidad de quien lo padece, o a la negligencia de quien lo ocasiona, siendo principio digno de protección, no sólo el error del consentimiento, sino también la confianza en el tráfico de quien ha actuado en función de lo manifestado por la otra parte. Por todo ello, es que la información es esencial en la perfección del contrato, como instrumento a través del cual las partes contratantes distribuyen los riesgos, y para que esa distribución sea acorde a las reglas generales del derecho es esencial la información veraz entre las partes, y la buena fe contractual.

3ª) La sociedad de capital como sujeto de derecho con personalidad jurídica propia, es susceptible de ser parte de la relación obligatoria, cuyos principios emanados de la teoría general de las obligaciones no parecen contener norma alguna que haga a la sociedad digna de un trato diferenciado como sujeto de la relación obligatoria. Ello no significa que si existan determinadas especialidades que emanan de la ficción legal de su personalidad jurídica, y que se pueden sintetizar en dos puntos generales: *el hermetismo patrimonial* de las sociedades de capital -que implica la responsabilidad patrimonial universal limitada al patrimonio social- y la *estructura orgánica* que le es inherente y necesaria para su funcionamiento.

4º) Tradicionalmente se entendía el *hermetismo* de la persona jurídica como un privilegio que generaba abusos en lo referente a la elusión de responsabilidades, y el desplazamiento de riesgo hacia quienes con ella contrataban, cuya solución ha residido en levantar el velo de la personalidad extendiendo la responsabilidad a los socios que se encontraban detrás de la misma. Dicha perspectiva supone una quiebra necesaria del derecho de sociedades y del principio de responsabilidad limitada, por lo que, no se trata tanto de eliminar dicha limitación, extendiendo la responsabilidad a los socios, sino más bien de imputar la responsabilidad *ex novo* al adecuado centro de imputación que actúa de forma culposa de quien ha tenido capacidad de actuar, que en la generalidad de los casos será una responsabilidad orgánica del administrador como órgano ejecutivo (ya sea de hecho o de derecho) por la inobservancia de sus deberes de diligente administración (generalmente informativos: por ejemplo, no informar de la infracapitalización, de la insolvencia, o de la estructura patrimonial de la sociedad o del grupo, no

identificar correctamente a la persona jurídica con quien se contrata, etc.); y no una responsabilidad del socio, que en su condición de tal, no puede actuar de forma alguna, ya que cuando el socio actúa, sólo puede hacerlo por ser socio de control, es decir, como administrador de hecho, oculto, etc. Ello se traduce en muchos casos en una responsabilidad por inobservancia de determinados deberes informativos, que cuando, por el contrario son cumplidos de acuerdo a la buena fe contractual, no se puede hablar de desplazamiento del riesgo, sino de negociación del mismo, pues las partes contratantes conocerán a lo que se exponen monitoreando el riesgo de insolvencia de la sociedad, pidiendo más garantías a la misma, negociando el precio, etc. en la medida en que se pueda, se quiera, o sea eficiente para las partes.

5º) La *estructura orgánica* de la sociedad es inherente a su personalidad jurídica, siendo el administrador un instrumento necesario para su funcionamiento, como órgano ejecutivo de gestión y representación, lo que inserta una alteración del típico esquema bipolar de la relación obligatoria, introduciendo la figura ejecutiva del órgano. Dicha estructura orgánica necesaria pone de manifiesto una pluralidad de intereses en conflicto que entran en tensión con el funcionamiento de la sociedad, que se pueden observar *-ad intra-* en el conflicto entre el control y la propiedad, cuya problemática ha supuesto el desarrollo del buen gobierno corporativo, y también *-ad extra-* como los conflictos entre socios (*shareholders*) y otros grupos de interés externos (*stakeholders*), que ha encontrado en la llamada Responsabilidad Social Corporativa (o Empresarial) un instrumento de desarrollo de la compatibilización de intereses dignos de protección, como mecanismos de creación de valor empresarial.

6º) La figura del administrador, como órgano ejecutivo necesario, redirige el tema a la cuestión del interés social perseguido en su actuación, como fin de su actividad gestora. El polémico concepto de interés social ha protagonizado un largo debate histórico que ha transcurrido generalmente entre dos posiciones sintetizadas en las teorías institucionalistas por un lado y contractualistas por otro. La primera, basada en la doctrina de la *empresa en sí*, resurgida con fuerza tras los escándalos financieros de los 90, se centra en la institución como empresa y no en la sociedad como persona jurídica, reconociendo la necesidad de proteger el interés de los *stakeholders*, en base a la función social de la propiedad y la necesidad de reconocer ámbitos de conducta ética en las empresas que influyen indirectamente en la vida de los ciudadanos, y en la RSC como mecanismo de creación de valor futuro, negando así el criterio de la

shareholder value (creación de valor para el accionista), como criterio definidor del interés social, al contrario de las posiciones contractualista que ven en ello un criterio claro en aras de la seguridad jurídica y la protección del inversor. Desde las tesis contractualistas, reforzadas o sustentadas en el desarrollo del análisis económico del derecho, conciben la sociedad como un haz de contratos contrapuestos que configuran las relaciones que en ella se desarrollan, por lo que ven en los postulados institucionalistas una quiebra del derecho de sociedades, y un riesgo para la eficiencia del sistema y la seguridad jurídica, en lo que supone una desprotección del capital como elemento esencial de la economía de mercado y de la libertad de empresa. Con ello abogan porque los distintos intereses dignos de protección se aborden desde sus respectivas ramas del derecho (laboral, consumidores, competencia, medioambiente, etc...), pero no desde el derecho de sociedades como disciplina llamada esencialmente a regular las relaciones contractuales en el interior de la sociedad.

7º) Cuando la sociedad entra en crisis, la cuestión del interés social en tales momentos de dificultad empieza a tomar importancia, y por tanto cuál sea la conducta a seguir del administrador en su actividad de gestión resulta esencial. El concepto de crisis no es unívoco, existiendo muchos conceptos que referencian distintos términos que se refieren a situaciones a veces coincidentes, a veces no, tales como insolvencia, desbalance, infracapitalización etc. Sólo la insolvencia actual, como presupuesto objetivo, supone la apertura necesaria del concurso, pero uno de los problemas tradicionales del derecho concursal ha sido precisamente determinar tal concepto dada las múltiples manifestaciones que ello puede tener -como cesación de pagos, la iliquidez, el desbalance, etc.- en un dilatado ámbito temporal, por lo que la mayoría de la doctrina aboga por un concepto dinámico de insolvencia de fondo, que tenga en cuenta, no sólo la situación actual, sino también las expectativas futuras de viabilidad. Pero es dicha situación de insolvencia de fondo y no otra la que determina la apertura del concurso, y por tanto, la sustitución del interés social por el interés concursal de los acreedores concurrentes.

8º) En nuestro ordenamiento coexisten distintos regímenes de responsabilidad de los administradores por la crisis empresarial: las acciones de responsabilidad societaria (general y por deudas), y la responsabilidad concursal. Acciones distintas aunque, en algunos casos, compatibles entre sí. Del estudio de los distintos regímenes de responsabilidad, se extrae la conclusión de la existencia de determinados deberes de información y de conservación del patrimonio de la sociedad.

Tal es el caso de las responsabilidades societaria por no disolución que se proyecta como una responsabilidad por no información, (pues para el ejercicio de dicha acción se requiere la buena fe del tercero como tercero desinformado de la situación de desbalance), y también los deberes previos a la declaración de concurso de publicidad y conservación patrimonial.

9º) Cuando la ley impone deberes informativos o de conservación patrimonial de forma expresa (p.e. la publicidad registral, la declaración del concurso, etc...) la responsabilidad es clara. Pero cuando la ley no recoge expresamente obligación alguna, es la regla general de la buena fe contractual la que impone dichos deberes, por lo que, en el seno de la relación obligatoria, es cada cual quien debe velar por la solvencia futura de sus créditos, sin que se pueda extender la responsabilidad patrimonial de la sociedad al administrador en función del principio de relatividad de los contratos.

10º) En el ámbito concursal, el punto de inflexión que establece la existencia de deberes informativos y de conservación patrimonial es la de *insolvencia de fondo* que determina la sustitución del interés social por el interés concursal. Hasta entonces, no existen deberes generales por parte del administrador frente a los acreedores encaminados a informar sobre la situación económica mas allá de lo que imponen las normas específicas (p.e. publicidad registral, llevanza de una ordenada contabilidad, etc.), no existe por lo general deber de informar a iniciativa propia, pues la carga de autoinformarse entra dentro del ámbito negociador de cada una de las partes, pues no entra dentro de la diligencia del administrador guiar los intereses negociadores de la otra parte, sino velar por el interés de la sociedad y procurar la financiación y contratación que permita superar tal situación de crisis, y por tanto, corresponde al acreedor informarse y solicitar información a la sociedad, quien en tal caso deberá suministrar dicha información y atender a los requerimientos informativos de la otra parte, a suministrar información verdadera, a no ocultar información o contratar cuando se sabe que no se podrá cumplir, todo ello en aras de la buena fe contractual, y de las reglas generales del derecho civil.

11º) La cuestión de los deberes fiduciarios en la proximidad a la insolvencia no es esencialmente un problema de delimitación o definición de un concepto de interés social, sino más bien es el problema del presupuesto objetivo del concurso de la sociedad, es decir, de determinar

cuándo la sociedad está en una insolvencia de fondo. Por ello, difícilmente se puede afirmar que existan deberes del administrador en favor de otros grupos de interés, como manifestación del interés social como fin de la actividad gestora en situaciones de proximidad a la insolvencia. El deber activo de informar a iniciativa del administrador en situaciones de insolvencia, no emana del interés social como concepto integrado por otros grupos de interés más allá del de los accionistas, sino como manifestación del principio de confianza del tráfico, y del deber de negociar de buena fe.

12º) El interés social, de acuerdo a nuestro sistema, es el interés común de los socios, y viene llamado a cumplir una función esencialmente integradora. Los deberes fiduciarios del administrador en la proximidad a la insolvencia sobre la base del concepto amplio del interés social, no parece la vía más adecuada para prevenir las lesiones al derecho de los acreedores en la fase preconcursal. La sociedad se compone de un conjunto de relaciones contractuales que encuentran en el derecho societario la disciplina que regula su organización, por lo que insertar a los *stakeholders* dentro del interés social del derecho societario implica invadir el área de los contratantes y vulnerar el principio de relatividad de los contratos, en aras de un fin de justicia redistributiva (propio del sistema fiscal). El administrador ni es el mejor centro de imputación para decidir sobre los intereses externos a la sociedad, ni está legitimado para ello. Permitir a los administradores atender a otros intereses distintos de los socios supondría la desprotección de éstos, por la neutralización de la regla general del interés de la sociedad, que les protege de la discrecionalidad de los controladores de la sociedad, siendo lo contrario en perjuicio de la seguridad jurídica y de la libertad de empresa, así como de la protección de los inversores como elemento esencial de la economía de mercado.

13º) El derecho de sociedades no es un instrumento que le corresponda en exclusiva la ordenación económica y empresarial. Por ello, pese a que, a veces, a través del derecho de sociedades se protegen intereses de terceros ajenos a la sociedad, el concepto de interés social no es el instrumento adecuado para tutelar otros intereses distintos que ya tienen su específico ámbito de protección en otras áreas del ordenamiento. Las normas que han de proteger otros intereses que puedan entrar en conflicto (con los acreedores, consumidores, trabajadores, medio ambiente, etc.) surgen desde sus respectivas áreas normativas, pues el derecho de sociedades no es el instrumento adecuado para tales fines, ni el administrador está legitimado para el ejercicio de una función social redistributiva. La

determinación del interés a proteger en las situaciones de crisis es un problema relativo a la determinación de los presupuestos objetivos del concurso, es decir, de cuándo el interés social se sustituye por el interés concursal, y no del debate sobre el concepto de interés social.

14º) La cuestión de la atención a otros intereses más allá de los socios, no parte de la definición del interés social, sino de la definición de interés empresarial, es decir de dar primacía a la institución empresarial, frente al concepto de sociedad. La dificultad de todo ello reside en que *empresa* no es concepto jurídico general, unívoco, ni centro de imputación de responsabilidad, y con ello, no es sujeto de derecho, lo que desemboca en la inseguridad jurídica que genera tal planteamiento.

15º) Los deberes de los administradores frente a los acreedores sociales en los supuestos de proximidad a la insolvencia no emanan de una interpretación amplia del concepto de interés social, sino de que emanan de la Ley y del principio de buena fe contractual (generalmente deberes informativos en la fase de formación de los contratos).

BIBLIOGRAFIA

OBRAS COLECTIVAS

AAVV. *Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reforma concursal)*. Madrid: Dykinson, 2004.

AAVV. *Comentario a la Ley Concursal*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Thomson-civitas, 2004.

AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011.

AAVV. *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1996.

AAVV. *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991.

AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo IV (Arts. 1043 a 1264)*. Valencia: Tirant Lo Blanch. 2013.

AAVV. *Código Civil Comentado*. Volumen III. Navarra: Civitas, 2011.

AAVV. *Corporate Governance and Director's Liabilities*. Berlin- New York: W de G, 1985. 462 p.

AAVV. *Curso de Derecho Mercantil*. URÍA/MENÉNDEZ (dir.). Madrid: Civitas, 1999.

AAVV. *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*. Vol. III. McGraw Hill. Madrid: 2002, p. 3003-3029

AAVV. *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998. 545 p.

AAVV. *Estudio de Derecho de Sociedades y Derecho Concursal*. Libro homenaje a Rafael García Villaverde. Madrid: Marcial Pons, 2007.

AAVV. *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia*, 2005. 5 volúmenes. Madrid: Marcial Pons, 2005.

AAVV. *Group of companies*. London: Sweet & Maxwell, 1991. 189 p

AAVV. *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. 490 p.

AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. 476 p.

AAVV. *La sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 1032 p.

AAVV. *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*. Granada: Comares 2003. 1136 p.

AAVV. *Órganos de la sociedad de capital. Tomo I. Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. 1229 p.

AAVV. *I congreso nacional de derecho mercantil*, Madrid: Cívitas, 2007

AAVV. *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, 1.025 p.

AAVV. *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, segunda edición, 2009, 322 p.

CORPORATE GROUP LAW FOR EUROPE. *European Business Organization Law Review* (EBOR) I (2000) 165-264

INDICE DE AUTORES

ALBACAR LÓPEZ José Luís, “Com. Art 1129”. En ALBACAR José Luís, SANTOS BRIZ Jaime. (dirs.) *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 1166 p.

ALBACAR LÓPEZ, José Luís, SANTOS BRIZ Jaime. *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium, 1166 p.

ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil II: Derecho de obligaciones*. Decimotercera edición. Barcelona: Bosch, 2008.

-*Derecho Civil II: Derecho de obligaciones. Volumen segundo: Los contratos en particular y las obligaciones no contractuales*. Decimotercera edición. Barcelona: Bosch, 2008 p. 459-501.

ALCOVER GARAU, Guillermo. “Aproximación a la naturaleza jurídica de la responsabilidad concursal de los administradores de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho de concursal y Paraconcursal*, nº 7, año 2007. p. 91-108.

-“Aproximación al régimen jurídico de la reintegración concursal” en *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 18/2003, para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, 2003 ob cit p. 325-356.

-“La doble reforma de la responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital” en *Revista de Derecho de concursal y Paraconcursal*, 2006, p. 81-90.

-*La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil. Derecho español e internacional*. Madrid: Civitas, 1991. 112 p.

-“La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Nº 8. 1997, p. 265-271.

ALFARO-ÁGUILA REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente: una aproximación económica*. Madrid: Cívitas, 1995. 152 p.

-“Los juristas –españoles- y el análisis económico del derecho. En *Revista para el análisis del Derecho*. Nº 1, 2007. Disponible en web: www.indret.com).

-“La llamada acción individual de responsabilidad contra los administradores sociales”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº 18, 2002, p. 45-76.

-“Los costes de transacción” en *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez*. Coord. por Juan Luis Iglesias Prada, Vol. 1, 1996, p. 131-162

.-“La business judgment rule no es igualmente eficiente para todas las compañías”. 25 de agosto de 2011 en

[www.http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html](http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2011/08/la-business-judgment-rule-no-es.html).

ALONSO ESPINOSA, Francisco José. *La Responsabilidad Civil del Administrador de Sociedad de capital en sus elementos configuradotes* Madrid: Aranzadi, 2006. 146 p.

ALONSO LEDESMA, Carmen. “El buen gobierno de las sociedades en Europa: a propósito del estudio comparativo de los códigos de conducta existentes en los estados miembros de la UE realizado a instancias de la Comisión europea por el Estudio Jurídico Weil, Gotshal & Manges.”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Año 21, nº 88, 2002. p. 129-158.

-*La exclusión del derecho del derecho de suscripción preferente en sociedades anónimas*. McGraw-Hill Interamericana de España, 1995. p. 24 y ss.

-“Algunas reflexiones sobre la función (la utilidad) del capital social como técnica de protección de los acreedores”. En *Estudio de derecho de sociedades y concursal. Libro homenaje al profesor García Villaverde*. vol. 1. Madrid: Bosch, 2007 p.127-158.

-“Derecho de sociedades vs derecho concursal, ¿técnicas alternativas o complementarias de protección de los acreedores?” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p. 67-108.

ALONSO LEDESMA, Carmen. (dir.) y otros. *Diccionario de derecho de Sociedades*. Madrid: Iustel, 2006. 1332 p.

ALONSO PÉREZ, M. *El riesgo en el contrato de compraventa*. Madrid: 1972, p. 170.

ALONSO UREBA, Alberto. “Artículo 172.3.” En PULGAR EZQUERRA; ALONSO UREBA; ALONSO LEDESMA; G. ALCOVER GARAU (dirs.), *Comentarios a la legislación concursal*, Madrid: Dykinson, 2004, pp. 1432-1448.

-“El gobierno de las grandes empresas (Reforma legal versus códigos de conducta. En *El gobierno de las sociedades cotizadas*. 1999. p. 95-136

-“La responsabilidad concursal de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal”. En *Derecho Concursal. Estudio sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 18/2003, para la reforma concursal*. Madrid: Dilex, 2003 ob cit p. 505-575.

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant, 2003, 341 p.

ANTUNES, José A. E. *Os Gupos de Sociedades*. 2ª ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1073 p.

ARMOUR, John; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier. "What is Corporate Law?" en AAVV *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, segunda edición, 2009, p. 1-34.

ARROYO, Ignacio," Interés social c/ Interés de la mayoría". En AAVV *sociedades comerciales y su actuación en el mercado. Actas del primer congreso argentino-español de Derecho Mercantil*. Granada: Comares 2003, p 700 y 712.

ARRUÑADA, Benito. *Teoría contractual de la empresa*. Marcial Pons: Madrid, 1998. 484 p.

-*Empresa, Mercado e Instituciones*. Navarra: Thomson-Civitas, 2013. 496 p.

BACHNER, Thomas. *Creditor protection in Private Company*. Cambridge; Cambridge University Press, 2009, 315 p.

BELLO MARTÍN-CRESPO, María del Pilar. "Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y Ley Concursal". En *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, vol. 2, 2005, p. 1679-1736.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio M. "La responsabilidad por las deudas sociales". En ROJO FERNÁNDEZ-RIO, Ángel José, Ángel; BELTRÁN, Emilio (dirs.) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008. p. 213-260.

-“Capítulo VI. La responsabilidad concursal”. En AAVV. *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. p. 227-246.

BERLE, Adolf, MEANS, Gardiner. *Modern Corporation and private Property*. New York, 1932.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria; RODRIGUEZ PINEAU, Elena. "Normas de protección de acreedores: entre el derecho de sociedades y el derecho concursal". En *Revista para el Análisis del Derecho*. Nº 4, 2006. Disponible en web www.indret.com. 41 p.

BERMEJO GUTIÉRREZ, Nuria. *Créditos y Quiebra*. Madrid: Civitas, 2002. 572 p.

BISBAL I MÉNDEZ, Joaquín. "El gobierno de las compañías mercantiles: Teoría, materiales y práctica". En *revista de derecho mercantil*. Nº 226, 1997, p.1673-1681.

BLUMBERG, Phillip. *The multinational Challenge to Corporation Law*. New York: Oxford U.P., 1993. 316 p.

BOLDÓ RODÁ, Carmen. *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*. 4ª edición. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2006, 499 p.

BONELLI, Franco. «La responsabilità degli amministratori di società per azioni». En *Quaderni di giurisprudenza commerciale*. Milano: Giuffrè, 1992. 245 p.

BONFATTI, Sido “Reforma concursal italiana *versus* reforma española” en *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. Nº 8, 2008 p.58.

BRUNET, Delphine. “La protección de los acreedores y la responsabilidad de los administradores en el derecho inglés”. *Derecho de los Negocios*. Julio-agosto de 2011, nº 250-251, p. 7-24

CALABRESI, Guido. “Some Thoghts on Risk Distribution and the Law of Torts”, en *Yale Law Journal*, vol. 70, nº 4, 1961, p. 499–553.

CALBACHO LOSADA, Fernando. *El ejercicio de las acciones de responsabilidad contra los administradores de la sociedad anónima: (doctrina y jurisprudencia)*. Madrid: Tirant lo Blanch, 1999. 653 p.

CAPILLA RONCERO, Francisco de Sales. *La persona jurídica: funciones y disfunciones*. Madrid: Tecnos, 1984, 150 p.

CASTAN TOBEÑAS, *Derecho civil*. Tomo III. 8ª ed.

CASTRESANA SÁNCHEZ, Luis Felipe. “Algunas cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas” en SÁNCHEZ CALERO, Francisco Javier (dir.) *Estudios sobre el aseguramiento de la responsabilidad en la gran empresa*, 1994, p. 629-698.

CERDÁ ALBERO, Fernando. *Administradores, insolvencia y disolución por pérdidas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000. 230 p.

–“Responsabilidad civil de los administradores sociales: ¿Sólos ante el peligro? Un análisis jurisprudencial (1990-2000)” *Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 1, 2001, 20 p. disponible en la web:
www.indret.com/es/derecho_privado/16/?sa=1&indret=.

CIDONCHA MARTN, Antonio. *La libertad de empresa*, Thomson-Civitas e Instituto de Estudios Económicos, Cizur Menor, 2006; 416 p.

CLEMENTE MEORO, Mario E. “1129” En CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen III. Navarra: Civitas, 2011. p. 248-252

CONDE DÍEZ, Ricardo. “Capítulo I: de los presupuestos del concurso” en *Comentario a la legislación concursal*. Madrid: Dykinson, 2003. p. 235-313

COSSIO, Alfonso de, COSSIO, Manuel de; LEÓN, José. *Instituciones de derecho civil. Parte general obligaciones y contratos*. Madrid: Civitas, 1988. 592 p.

COSSIO, Alfonso “Hacia un nuevo concepto de la persona jurídica” En *Anuario de Derecho Civil*. Vol 7, nº 3, 1954, p. 623-654.

COUTINHO DE ABREU, Jorge A. “Interés social y deber de lealtad de los socios”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº 19, 2002. p. 39-56.

COUZIAN, Maurice; VIANDIER, Alain; DEBOISSY, Florence. *Droit des sociétés*. 20 ed. Litec, 2007. 700 p.

CUERVO GARCIA, A (dir.) et al. *Introducción a la Administración de Empresas*. 5ª ed. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p.121 y 125 y ss.

DAVIES, P.L. *Gower's Principles of modern company Law*. Sweet and Maxwell, London: 1997, 867 p.

DE ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luisa. *Derecho de Grupos de Sociedades*. 2ª edición. Madrid: Thomson-Civitas 2009, 520 p.

DE ÁNGEL YAGÜEZ, Ricardo. “Título XVII. De la concurrencia y prelación de créditos. Capítulo I Disposiciones generales. Art 1.911 ”En *Comentario del Código Civil*. pp. 189-199.
- *La responsabilidad civil*, Deusto: Bilbao, 1988.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico. *La persona jurídica*. Segunda edición. Madrid: Civitas, 1984. 310 p.
-“¿Crisis de la sociedad anónima?”. En *Revista de Estudios Políticos*. Nº 49. Madrid, 1950, p. 51 a 105.

DE NICOLA, A. “Articolo 2392. Responsabilità verso la società” En *Commentario alla riforma della società. Amministratori*. pp 545-565.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luis. *Deberes y Responsabilidad de los Administradores de las Sociedades de Capital: Conforme a la Ley 26/2003, de 17 de julio*. Navarra: Aranzadi, 2006, 543 p.
-*El administrador de hecho de las sociedades*. Navarra: Aranzadi, 2002, 219 p.
-*La responsabilidad civil de los Administradores de las sociedades anónimas*. Madrid: Montecorvo, p.

DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio. *Sistema de derecho civil*. Vol II 7ª edición. Madrid: Tecnos, 1995. 657 p.

DÍEZ-PICAZO, Luis *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol I. Sexta edición. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, 657p.

- *Fundamentos de derecho civil patrimonial*. Vol II. Sexta edición. Navarra: Thomson Aranzadi, 2008, 1092 p.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Luis María. *Sistema de derechos Fundamentales*. 3ª edición. Thomson-Civitas: Navarra, 2008. 597 p.

DIGNAN, Alan; LOWRY , John. *Company Law*. 5th edition. Oxford: Oxford University Press, 2009. 463 p.

DOBSON, Juan M. *El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)*. Buenos Aires: De Palma. 1991.

DOYLE, Louis G. *Insolvency Litigation*. Sweet and Maxwell. London 1999. p. 449.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino. “Sobre el concepto básico de insolvencia”. en *Estudios sobre la Ley concursal : libro homenaje a Manuel Olivencia*, Vol. 1, 2005 (Escritos sobre don Manuel Olivencia Ruiz, derecho concursal, aspectos generales, antecedentes históricos, derecho comparado, derecho uniforme, derecho europeo, derecho internacional privado, la declaración de concurso). Madrid: Marcial Pons, 2005, p.1001-1017.

-“Reflexiones fundamentales sobre el régimen de la crisis económica de la empresa y sobre su reforma” *Anuario de derecho civil*. nº1, vol. 33, 1980. p. 29 y ss.

-*La tutela de la minoría. La impugnación de acuerdos lesivos*. Valladolid: Servicio de Publicaciones de la Universidad de Valladolid, 1957. 255 p.

-“Los problemas generales planteados por los grupos, con especial referencia al derecho mercantil”. En *Grupos de Sociedades. Su adaptación a las normas de las comunidades europeas*. Madrid: Confederación Española de Organizaciones Empresariales-Universidad de Alcalá de Henares, 1987, p.16-61.

EIZAGUIRRE. *Derecho Mercantil*. Madrid: Civitas, 1999, 312 p.

-Derecho de sociedades. Tecnos. 2001

EMBID IRUJO, José Miguel. “Derecho, mercado y responsabilidad social corporativa”. En *Papeles de Economía Española*. 2006 nº 108. p. 63-74.

-“El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”. En. *Revista de Derecho Mercantil*. Julio-Septiembre 2003, Nº 249, p. 933-979.

-“El presente incierto del derecho de sociedades”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 272, 2009, p.453-482 ob cit p. 465.

- *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. (La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo)*. Madrid: Orion, 1987. 280 p.

- *Introducción al derecho de los grupos de sociedades*. Granada: Comares, 2003. 262 p.

- “La Responsabilidad social Corporativa ante el derecho mercantil.” en *Cuadernos de derecho y comercio*. Nº 42, 2004, p. 11-44.
- “Perfil jurídico de la Responsabilidad social corporativa”. En *Revista Valenciana de Economía y Hacienda*. Valencia: 2004. nº12, p. 52-75.
- “Pautas de análisis y tratamiento de los conflictos de intereses en los grupos de sociedades”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p.191-244.
- “Justicia y seguridad jurídica: a propósito del <<levantamiento del velo>> de lapersona jurídica societaria”. En *Derecho de los Negocios*. La Ley, año 9, número96, septiembre 1998, p. 1-8.

EMBED IRUJO, José Miguel; SALAS FUMÁS, Vicente. “El gobierno de los grupos de sociedades”, en *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)*, Nº. 64, 2005. 42 p. disponible en la web: (<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1214918>).

EMMERICH, Völker; SONNENSCHNEIN, Jürgen. *Konzernrecht*. 4ªed. München: Beck, 1992.

EMPARANZA, Alberto S. “Los conflictos de interés de los administradores en la gestión de la sociedades de capital”. En AAVV *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. QUADERNI DEL departamento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2001. p. 147-171.

ENRIQUES, Luca; HANSMANN, Henry; KRAAKMAN, Reinier “The Basic Governance Structure: The Interests of Shareholders as a Class” en AAVV *The Anatomy of Corporate Law A Comparative and Functional Approach*. Oxford: Oxford University Press, segunda edición, 2009, p 55-87.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio. “Algunas reflexiones sobre el sistema de gobierno de las cajas de ahorro” en *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*. Año 26, nº 105, 2007, p.180-193.

-*El poder de decisión en las sociedades anónimas: derecho europeo y reforma del derecho español* Madrid: Civitas, 1982. 672 p.

-“Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”. en *Responsabilidad social corporativa : aspectos jurídicos-económicos*, 2005, p. 13-62.

-“la acción individual de responsabilidad”. En ROJO/BELTRÁN (dir) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. 2ª edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, p. 153-226.

-“Capítulo IV. La representación de la sociedad” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1675-1690.

- “Artículo 161. Competencias del órgano de administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 1209-1217.
- “Artículo 209. Competencias del órgano de administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 1481-1486.
- “Artículo 241. Acción individual de responsabilidad” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1728-1736.

FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. ”La preconcursalidad y la prevención de la insolvencia. El mecanismo de alerta preconcursal”. En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p.9-86

- *Posibilidad y contenido de un derecho preconcursal: auditoría y prevención de la crisis empresarial (art. 209.1.b) LSA*. Madrid: Marcial Pons, 2001.

-“El nuevo test de balance bajo las normas contables internacionales” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p. 109-170.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad del derecho de sociedades*. Zaragoza: Pórtico, 1977. 496 p.

-“La sociedad cotizada: problemas de política y de técnicas jurídicas” ob cit p.69. En AAVV *La sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons, 2006, 1032 p.

FLEISCHER, H. “La <<business judgment rule>> a la luz de la comparación jurídica y de la economía del derecho” en *Revista del Derecho Mercantil* 2002, p. 1727-1754.

FLETCHER, Ian F. “Cuatro décadas de reforma del derecho de la insolvencia: la experiencia inglesa”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. 2008, pp. 41 y ss.

- *The law of insolvency*. London: Sweet and Maxwell, 1990. 650 p.

FRIEDMAN, Milton. “The Social Responsibility of Business to Increase its Profits” en *The New York Times Magazine*, September 13, 1970. p. 32-33.

FONT GALÁN, Juan Ignacio. “La fidelidad al interés social como concepto normativo estructurante del sistema de deberes de los administradores sociales. Su función normativa integradora de la diligencia y de la lealtad”. En AAVV *Estudios de derecho de sociedades y derecho concursal. Libro homenaje al profesor Rafael García Villaverde*. Tomo I, Madrid: Marcial Pons, 2007. pp. 601-608.

GALGANO, Francesco. *Las instituciones de la economía capitalista: sociedad anónima, estado y clases sociales*. Barcelona: Ariel, 1990. 222 p.

- *La società per azioni : principi generali*. Milán: Giuffrè, 1996. 478 p.

GARCÍA ÁLVAREZ, Belén. “El derecho de información del accionista y el deber de secreto de los administradores de la sociedad anónima: Un conflicto de intereses”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 217-244.

GARCÍA ARCE María Cruz; PRIETO JUÁREZ, José Antonio. *Acción social en la empresa*. Madrid: Trotta, 2004. 466 p.

GARCÍA CANTERO, Gabriel. “Artículos 1529 y 1530” en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p.720-729.

-“Artículos 1466 y 1467” en *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XX, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991,

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio. “El problema de la represión de la conducta del deudor”. En ROJO (dir) *La reforma de la legislación concursal*. Madrid: Marcial Pons, 2003 p. 9-86.

-“La reintegración de la masa activa en la Ley concursal”. En *Las Claves de la Ley Concursal*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005. p. 347-380.

-“La responsabilidad concursal”, En AAVV, BELTRÁN SÁNCHEZ (coord), ROJO FERNÁNDEZ-RÍO (coord.) *La responsabilidad de los administradores*, 2005. pp. 261-306.

-“Capítulo VII, Ejercicio de las acciones societarias de responsabilidad frente a los administradores de la sociedad concursada”. En AAVV. *Insolvencia y Responsabilidad*. Civitas-Thomson Reuters: Pamplona, 2012. p. 247-290.

-“Administradores sociales y administradores de hecho” En *Estudios de derecho mercantil: En memoria del Profesor Aníbal Sánchez Andrés* Navarra: Thomson-Civitas, 2010 p. 527-561.

-“La Cesión de créditos” en AAVV *Contratos Mercantiles* 2ª Edición, Thomson-Aranzadi: Pamplona, 2004, p. 628-654.

-“Presupuestos y finalidad de la acción de reintegración en el concurso de acreedores”. En AAVV *La reintegración en el concurso de acreedores*. Aranzadi, 2009. 485 p.

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial. Del diálogo a la confianza*. Madrid: Trotta, 2004. 290 p.

GARCÍA PELAYO, Manuel. “Consideraciones sobre las cláusulas económicas de la Constitución Española” en AAVV *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*: Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza: Zaragoza, 1979. p. 27 y ss

GARNICA MARTÍN, J.F. “El levantamiento del velo de la persona jurídica” en: *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. p. 77-122.

GARRETA SUCH, José María. *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*. Madrid: Marcial Pons, 1997. 375 p.

GARRIDO, José María. *Tratado de las preferencias del crédito*. Madrid: Civitas, 2000. 813 p.

GARRIGES, Joaquín. *Curso de Derecho Mercantil*. Tomo I Séptima edición. Madrid: Aguirre, 1976, 969 p.

GIL RODRÍGUEZ, J. *Garantía por insolvencia pública en la delegación y en la cesión*. Madrid: Tecnos, 1988, 141p.

GIRGADO PERANDONES, Pablo. *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores de una empresa de grupo*. Madrid: Marcial Pons, 2002. 251 p.

-*La empresa de grupo y el derecho de sociedades*. Granada: Comares, 2001. 441 p.

GIRÓN TENA, J. *Derecho de Sociedades*. Tomo I y II. Madrid: G.T., 1976. 724 p.

GOIG MARTINEZ, Juan Manuel. “Artículo 38: Libertad de empresa”. En *AAVV Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1996. p. 734 y ss.

GÓMEZ CALLE, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Madrid: La Ley, 1994. 147 p.

GÓMEZ SEGADE, José Antonio. “RSE y responsabilidad de los administradores: una propuesta”. En *AAVV Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros*. 2012, p. 103-115

GONDRA, José María. “¿Tiene sentido impartir justicia con criterios de economía? (a propósito de una teoría del Derecho que postula una Jurisprudencia orientada por el valor de la “eficiencia económica”)”. En *Revista de derecho mercantil*, 1997, nº226, p. 1545-1672.

-“La teoría contractual de la sociedad anónima: una aproximación a sus fundamentos teóricos económicos” en *Revista de Derecho Mercantil* nº. 278, octubre-noviembre, 2010. p. 1171-1231.

-“La estructura jurídica de la empresa” *Revista de Derecho Mercantil*, nº 228, 1998, p. 493-590.

GONZÁLEZ PACKANOWSKA, Isabel. “Artículo 1529” en En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil* Tomo VIII. Valenia: Tirant Lo Blanch. 2013, p. 10833-10843.

GONZÁLEZ POVEDA, Pedro “2º. Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida”. En *Comentario del Código Civil* Vol 7. Barcelona: Bosch, 2000. 1083 p.

GONZÁLEZ VÁZQUEZ, José Carlos. “Capítulo 17: Las acciones de reintegración”. En MARTINEZ SANZ (dir.) *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 588-651.

GROSS-BROWN, Sigfrido. “Deberes de administradores en el derecho comparado: El deber de diligencia y el business judgement rule”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº 37, julio-diciembre, 2011. p. 307-320

GUASCH MARTORELL, Rafael. “La doctrina de la infracapitalización: aproximación conceptual a la infracapitalización de las sociedades”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 234, 1999, pp. 1489-1514.

GUACCERO, Andrea. *Interesse al valore per l'azionista e interesse Della società*. Milano: Giofre editore, 2007. 390 p.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús; GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel “ La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”. En *Estudios sobre la Ley concursal: libro homenaje a Manuel Olivencia, (Los órganos del concurso, efectos de la declaración del concurso sobre el deudor)* Vol. 2. Madrid: Marcial Pons, 2005. pp. 1965-1988.

GUERRERO TREVIJANO, Cristina. “La Business Judgement Rule en los procesos de M&A”. En *Revista de Derecho Bancario y Bursatil*. Num.122, 2011. p. 181-200.

GUTIERREZ SANTIAGO, Pilar. “Artículos 1203-1213” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, Rodrigo (coord). *Comentario al Código Civil* (2ª ed). Planplona: Aranzadi, 2006. 2272 p.

HERNÁNDEZ GIL, *Derecho de obligaciones* Madrid: ESPASA CALPE, 1988. 814 p.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis. *El deber de diligente administración en el marco de los deberes de los administradores sociales*. Madrid: Marcial Pons, 2009. 224 p.
-“¿Sociedad dominante administradora de hecho? Mas allá del velo corporativo”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 280 Abril-Junio, 2011. p.133-168.

HIERRO ANIBARRO, Santiago. “La doctrina de derecho mercantil y el origen de la sociedad anónima”. En *Revista de Derecho Mercantil*, nº 229, Julio-septiembre, 1998. Madrid, p. 1159-1207

-*El origen de la sociedad anónima en España: la evolución del asiento de avería y el proyecto de compañías de comercio de olivares (1521-1633)*. Tecnos: 1998, 558 p.

HOPT, Klaus J. “Legal Elements and Policy Decisions in Regulating Groups of Companies” p 81-110. En AAVV. *Group of companies*. London: Sweet & Maxwell, 1991.189 p.

-*Estudios de derecho de sociedades y del Mercado de valores*. HIERRO ANIBARRO, Santiago (coord.). Madrid: Marcial Pons, 2010. 655 p.

ILLESCAS ORTIZ, Rafael, “El empresario mercantil individual. Reglas generales”. En AAVV JIMENEZ SANCHEZ (coord.) *Derecho Mercantil*. 13ª edición. Barcelona: Ariel, 2009. p.105 a 120.

-“La transparencia de las Sociedades Anónimas cotizadas y los pactos parasociales” en *Derecho de los Negocios* nº 165, 2004 p. 5 a 14.

JAEGER, Pier Giusto. *L'interesse sociale*. Milán: Giuffrè Editore, 1964. 250 p.

JERÉZ DELGADO, *Los actos jurídicos objetivamente fraudulentos (la acción de rescisión por fraude de acreedores)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 1999, 432 p.

JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo (coord.); y otros. *Derecho mercantil*. Cuarta edición. Vol. I. Baelona: Ariel, 1997. 545 p.

JONHSON, Gerry; y SCHOLE, Kevan. *Dirección estratégica*, 5ª edición, Madrid: Prentice Hall, 2000 p. 10-11.

JORDANO FRAGA, Francisco. *La acción revocatoria o pauliana. Algunos aspectos esenciales de su régimen en el derecho vigente*. Granada: Comares, 2001. 454 p.

-*Responsabilidad contractual*, Civitas, Madrid, 1987.

KEAY, A., *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, Routledge-Cavendish, 2007, p.183.

-“The Director’S Duty To Take Into Account The Interests Of Company Creditors: When Is It Triggered?” *Melbourne University Law Review*. August 2001 - Volume 25, No.2.

KIRCHHOF. “Erster Teil.Allgemeine Vorschriften”. En AAVV *Insolvenzordnung*. Heidelberg: CF Müller. 2006, p. 5-278.

KREFT “Dritter Abschnitt”. En AAVV *Insolvenzordnung*. Heidelberg: CF Müller. 2006, p. 724-898.

KRUGMAN, “¿Cómo pudieron equivocarse tanto los economistas?” En *El País de los Negocios*. Madrid, 29 de septiembre de 2009. p. 8-10.

KRÜGER, Philipp, “Corporate Social Responsibility and the Board of Directors” *Best student paper award at the United Nations Principles of Responsible Investment Academic Conference*, Copenhagen, 5-7 May 2010.

KÜBLER, Friedrich; ASSMANN, Heinz-Dieter. *Gesellschaftsrecht*. Heidelberg: CF Müller, 2006, 609 p.

KÜBLER, Friedrich; Derecho de Sociedades. Madrid: Fundación Cultural del notariado. 5ª edición, 2001. 773 p.

LACRUZ BERDEJO, José Luis (y otros). *Elementos de derecho civil. II Derecho de obligaciones. Vol I. Parte general. Teoría general del contrato*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2009. 580 p
- *Elementos de derecho civil. II Derecho de obligaciones. Vol II. Contratos y cuasicontratos. Delitos y cuasidelitos*. 4ª ed. Madrid: Dykinson, 2009. 529 p.

LARENZ, Karl. *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Barcelona: Ariel, 2001. 536 p.

LATORRE CHINER, Nuria. “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 253, 2004, pags. 853-900.
-“Artículo 10. Deber de declaración del riesfo.” En AAVV. *Comentario a la Ley de Contrato de Seguro*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2002. 1228 p.

LEÓN, Francisco, “De los efectos sobre los actos perjudiciales para la masa activa”. en ROJO, Ángel ; BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 1297-1335.
-“Artículo 71”, en ROJO, A. *Comentario a la Ley Concursal*. Vol I . Madrid: Aranzadi-Civitas, 2004 p. 1304 y ss.

LOGENDIO OSBORNE, Ignacio. “Las sociedades mercantiles”. En AAVV. *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998.
-“Los Administradores de la Sociedad anónima” En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J.(coord.) *Derecho Mercantil*. 4ª edición, Barcelona: Ariel, 1996. 545 p.

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M., “Artículo 1258” en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Diez-Picazo, 1993.

LUTTER, Marcus; HOMMELHOFF, Meter. *GMBH-Gesetz. 15Auflage*. Köln: O. Schmidt, 2000. 1207 p.

LUTTERMANN, Claus. “Desarrollos del derecho de la empresa en Alemania” en *Revista de derecho de sociedades*. Nº 10, 1998, p. 491-498.

LLEBOT MAJÓ, José Oriol. *Los deberes de los administradores de sociedades anónimas*. Madrid: Civitas, 1996. 151 p.

-“La Geometría del capital social” en *Revista de Derecho Mercantil* nº 231, 1999 p. 37-89.

MACHADO PLAZAS, José. *Pérdida del capital social y responsabilidad de los administradores por las deudas sociales*. Madrid: civitas, 1997. 408p.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTIN, Fernando. “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital. En *Revista de derecho de sociedades*, Nº 24, 2005, pags. 91-120

-*La acción individual de responsabilidad frente a los administradores de sociedades de capital (art.135 LSA)*. Madrid: Marcial Pons, 2005. 400 p.

-“Intereses de los socios e intereses del concurso durante la tramitación del proceso concursal”. En SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE (coord.). *Convergencias y paralelismos en el derecho de sociedades y en el derecho concursal en el marco Estados Unidos-Unión Europea: (III Seminario Harvard-Complutense de derecho de los negocios* Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales, 2007, p. 309-330.

-“El concepto de interés social como fin de la actividad gestora en la proximidad de la insolvencia” *Gobierno corporativo y crisis empresariales, Seminario Harvard-Complutense de Derecho Mercantil* (2. 2004). 2006, pp. 255-275.

MARTÍ MARTÍ, Joaquim. “El ejercicio de la acción de responsabilidad del administrador societario” en: *Diario la Ley*. Madrid: 2005, nº 6183. pp. 1732-1738.

MARTÍN PEREZ Luis Fernando (dir.), y otros (Landwell). *Responsabilidad de los Administradores y Directivos*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, 966 p.

MARTÍN REYES, María de los Ángeles. “La insolvencia de las sociedades de capital y la exigencia de responsabilidad a sus administradores.” En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 277 jul-sep. 2010. p. 835-899

MARTINEAU-BOURGNINAUD, Véronique. *Droit des entreprises en difficulté: facultés, ecoles supérieures de commerce*. Paris: Economica, 1992. 237 p.

MARTÍNEZ FLÓREZ, Aurora. “Conservación y administración de la masa activa” ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; BELTRÁN, Emilio. *Comentario de la Ley Concursal*. Madrid: Civitas 2004. p. 887-902.

MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, Ángel. La representación orgánica y voluntaria en las sociedades de capital (delimitación y concurrencia). Bolonia: Publicaciones del Real Consejo de España, 2005. 169 p.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando. “Ámbito subjetivo de la responsabilidad.” p. 55-73. En: MARTÍN PEREZ, Luis Fernando (dir.), y otros. *Responsabilidad de los Administradores y Directivos*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003, 966 p.

MATEU DE ROS CEREZO, *El código unificado de gobierno corporativo*. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 173.

MAYSON, Stephen W. *Company Law*. Oxford: Oxford University Press, 2002, 806 p.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; VAQUERIZO ALONSO, Alberto “Artículos 1 a 3 de la Ley de sociedades anónimas”. En Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2007. p. 17-237.

MILLER, Merton, MODIGLIANI, Franco. “*The Cost of Capital, Corporation Finance and Theory of Investment*” en *American Law Review*, nº3 1958.

MIOLA, Massimo. “Tutela de los acreedores en las sociedades de capital y técnicas alternativas. El debate entre la tradición europea continental y el punto de vista anglosajón”. En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p.19-66.

MIQUEL GONZALEZ, José María “Art. 7.º 1” en *Comentario del Código civil*, II, Ministerio de Justicia, dir. C. Paz-Ares, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo, 1993. p. 37-56.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal. *La regulación jurídico-laboral de los grupos de sociedades: Problemas y soluciones*. Granada: Comares, 2000. 340 p.

MONGE GIL, A. L. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de Capital: aspectos civiles, penales y fiscales (Reseña de las Jornadas celebradas en Ávila los días 24 y 25 de abril de 1998” en *Revista de Derecho Mercantil*. nº 228. 1998, p. 715-731.

MONTALENTI, Paolo. “La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales” en *Revista de derecho de sociedades*. 2004, nº22. p. 35-54.

MONTES PENADÉS Vicente Luis. “Artículo 1129 CC” En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XV, vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1983. p. 127-147.

MORALES BARCELÓ, Judith. *La responsabilidad de los administradores de sociedades mercantiles en situación de pérdidas y de insolvencia*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, 517 p.

MORALES MORENO, Antonio Manuel. *El Error en los Contratos*. Ceura: Madrid, 1988. 383 p.

-“Artículo 1266”, En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 1B. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1993, p.221-340.

MORENO QUESADA “Capítulo V. De la Rescisión de los contratos” En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVII, vol. 2. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1981, p.58-229.

MORILLAS JARILLO, María José. *Las normas de conducta de los administradores de las sociedades de capital*, 2ª ed. Madrid: La Ley, 2002. 591 p.

-“Responsabilidad concursal de los administradores y liquidadores: Balancel del primer bienio de la Ley concursal” En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Nº 7, 2007, p. 53 y ss.

-“El problema de la determinación del interés social en las sociedades anónimas, a la luz del derecho español”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 91-146.

MORSE, Geoffrey. *Company Law*. Sweet & Maxwell, 1995, 864 p.

MOXICA ROMÁN, J. *La compraventa Mercantil e instituciones afines*. Navarra: Aranzadi, 2000, 585 p.

MOYA JIMÉNEZ, José Antonio. *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*. Madrid: Bosch, 2007. 231 p.

-*La responsabilidad de los administradores: delitos societarios y otras formas delictivas*. Madrid: Bosch, 2007. 231 p.

MUÑIZ ESPADA, Esther *La acción revocatoria como una visicitud del concurso*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad, 2006. 284 p.

MUÑOZ GARCIA, Alfredo. “La causa disolutoria por pérdidas graves, en las sociedades de capital, tras las últimas modificaciones normativas aprobadas por la ley 16/2007 de 4 de julio y el Real Decreto Ley 10/2008, de 12 de diciembre”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº270, 2008, pp. 1435-1473.

MUÑOZ PLANAS, José María; MUÑOZ PAREDES, José María. “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”. En *Revista de derecho mercantil*. Madrid: nº 250/2003, p.1341-1383

NAVARRO LERIDA, María Sagrario. “Los covenants: ¿sustitución del régimen del capital social o modificación del Derecho concursal?” En AAVV *La modernización del derecho de sociedades de capital en España. Cuestiones pendientes de reforma*. Tomo II. Navarra: Thomson-Aranzadi. 2011, p.355-376.

NAVARRO PÉREZ, J.L. *Compraventa civil: antecedentes, comentario doctrinal, jurisprudencia y formularios*. Granada: Comares, 1993. 881 p.

NEILA NEILA, José María. La responsabilidad de los administradores en las sociedades de capital: (mercantil, civil, penal, administrativa); legislación, doctrina, jurisprudencia, formularios. Madrid: Edersa, 1995. 1626 p.

OLÁBARRI, Pablo; BELDA, Rocio. “El estatuto del consejero: derechos y deberes”. en AAVV *La sociedad cotizada*. Madrid: Marcial Pons, 2006. 1.032 p.

OLIVENCIA RUIZ, Manuel. “La remuneración de los administradores y el código de buen gobierno de las sociedades cotizadas”. En. SÁNCHEZ CALERO, Fernando (Dir.); IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier Wenceslao (Dir.). *La retribución de los administradores en las sociedades cotizadas: estudio especial de las opciones sobre acciones y otros derechos referidos a las cotizaciones*. Madrid: Colex, 2003. p. 31-39.

-“Derecho mercantil y derecho de la empresa. (Capítulo 3)”. En JIMÉNEZ SÁNCHEZ, Guillermo J (Coord.) y otros. *Derecho mercantil*. Ariel 4ª edición. Barcelona: Ariel. 1998. p. 22-25.

-“La reforma de la Ley Concursal por la Ley 38/2011”. En *Revista de de Derecho Concursal*. Nº 16, 2012. p. 18-21

O’CALLAHAN MUÑOZ, Xavier. *Código Civil comentado y con jurisprudencia*. Madrid: La Ley, 2004. 2.177 p.

OMAR, Paul A. “The European initiative on wrongful trading” *Insolvency L.J.* 2003, 6 (nov), p. 239-249.

ORDUÑA MORENO, Javier. “1206” en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen III. Navarra: Civitas, 2011. p. 523-532.

-“1467” en CAÑIZARES LASO, Ana (dir.) y otros. *Código Civil Comentado*. Volumen IV. Navarra: Civitas, 2011. p. 102-110.

OTXOA-ERRARTE GOIKOETXEA, Rosa. *La Responsabilidad de los Socios por la Infracapitalización de su Sociedad*. Navarra: Aranzadi, 2010. 379 p.

PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “De las obligaciones que nacen de culpa o negligencia. Art. 1.902”. En *Comentario al Código Civil*. Ministerio de Justicia II. Madrid: 1991, p. 1971-2003.

-“El sistema de responsabilidad contractual. (materiales para un debate)”. En *Anuario de derecho civil*. vol. 44, N° 3, Madrid, 1991 p. 1019-1087.

PASBAN, M.R. “A Review of Directors’ Liabilities of an Insolvent Company in the U.S. and England”. En *Journal of Business Law*. Enero 2001 p. 33-57.

PATRONE, Michael. “Directors’ Fiduciary Duties in the Zone of Insolvency and Actual Insolvency: to whom, what and when”. *Harvard Law school*, May, 2011, 14 p. en <http://ssrn.com>.

PAVONE LA ROSA, A. “La responsabilità da “controllo” nei gruppi di società”. En *Riv. Soc.*, 1984. p. 407-416.

PAZ-ARES, Cándido. “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. En: *Revista de derecho de sociedades*. n° 20, 2003 p.67 y ss.

- “El *enforcement* de los pactos parasociales”, en *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*. p. 19-43.

-“¿Cómo entendemos y como hacemos el derecho de sociedades? p 161-205. En PAZ-ARES, C (coord.) y otros. *Tratando de la Sociedad Limitada*. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 1997. 1291 p.

- “La infracapitalización. Una aproximación contractual.” En: *Revista de derecho de sociedades*. Madrid: 1994, p. 253-269.

- “Derecho de sociedades (capítulos 18 a 28)” en URÍA/MENÉNDEZ. *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. p. 469-804.

-“Capítulo 54: Uniones de empresa y grupos de sociedades” en URÍA/MENÉNDEZ. *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. p. 1469-1495.

-“Principio de eficiencia y derecho privado” En AAVV *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. 3, Valencia: Tirant LoBlanch, 1995. pags. 2843-2900.

- “El gobierno corporativo como estrategia de creación de valor” en *Revista de Derecho Mercantil*. 2004, N° 251. p. 7-65

-“La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. 2003, N° 20, p. 67-109.

- “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa (capítulo 56)” en *Estudios homenaje a Fernando Sánchez-Calero*. Volumen II. Madrid: McGraw Hill, 2002. p. 1805-1818.
- "Sobre la infracapitalización de las sociedades", En *Anuario de Derecho Civil*. Nº 36. 1983. pp. 1587-1639.

PAZ-ARES, Cándido; ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús. "Ensayo sobre lalibertad de empresa". en AAVV *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo. Tomo IV*. Madrid: Thomson-Civitas, 2003. p. 5971-6040.

PENINNGTON, Robert R. *Directors personal liability*. Birmingham: BSP-Profesional, 1986.

PERDIGUERO, Tomas G. *La responsabilidad social de las empresas en un mundo global*. Barcelona: Anagrama, 2003. 215 p.

PEREZ LUÑO, Antonio Enrique; RODRIGUEZ DE QUIÑONES Y DE TORRES, Alfonso. “Artículo 33: propiedad privada y herencia”. En AAVV *Comentarios a la Constitución Española de 1978*. Tomo III. Editoriales de Derecho Reunidas: Madrid, 1996. p. 522 y ss.

PEROCHON. Françoise. “El nuevo derecho francés de empresas en dificultades surgido de la Ley de 26 de julio de 2005 de salvamento (savegarde) de las empresas”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal*. Nº 8/2008, p.79-97.

POLO SÁNCHEZ, Eduardo. “Responsabilidad de administradores. ¿uniformidad europea o diversidad de sistemas nacionales?”. En AAVV, I congreso nacional de derecho mercantil, Madrid: Cívitas, 2007. P.385-411
 -*Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima: (artículos 123 a 143 de la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: civitas, 1992. 588 p.

POSNER, Richard A. *El análisis económico del derecho*. 2ª ed. México: Fondo de cultura económica, 2007. 1120 p.

POTHIER, R. J. *Tratado de obligaciones* Buenos Aires: Atalaya, 1947 p.74.

PULGAR EZQUERRA, J. *La declaración del concurso de acreedores*. Madrid: la Ley, 2005. 853 p.
 -“Artículo 2. El presupuesto objetivo”. En AAVV. Comentarios a la legislación concursal (Ley 22/2003 y 8/2003 para la reform concursal). Tomo I. Madrid: Dykinson-Registadores de España, 2004. pp. 86-170
 -“Protección de las refinanciaciones de deuda frente a soliitudes de concurso necesario: sobreseimiento en los pagos y comunicaciones ex art.5.3 LC en el

maro del RDL 3/2009” En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley nº 11, 2009. p. 45-57

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús; MAMBRILLA RIVERA, Vicente, “Los deberes fiduciarios de diligencia y lealtad: en particular, los conflictos de interés y las operaciones vinculadas”. En RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (coord.) *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*. Vol. 2, 2006, pp. 915-990.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús. *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*. Valladolid: U. Valladolid-C.A. y M.P. de Salamanca, 1985. 389 p.

-“Responsabilidad societaria y concursal de administradores: de nuevo sobre la coordinación y el marco de relaciones”. En *revista de derecho concursal y paraconcursal*. Madrid: La Ley, nº 9/ 2009, p. 19-48.

-“Deberes fiduciarios de los administradores”. *Cuadernos de derecho para ingenieros*. Vol. 3, 2009 (Gobierno corporativo / coord. por José Cándido Paz-Ares Rodríguez), pp. 157-186.

-“Cronica del proceso de elaboración del texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (TRLSC)”. En *Revista de derecho de Sociedades*. Aranzadi-Thomson. 2011-1 nº36 p. 25-37.

-“Capítulo V. La responsabilidad de los administradores” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Madrid: Civitas, 2011. p. 1690-1728.

-“Responsabilidad de los administradores por no disolución de la sociedad: Art. 262.5 TRLSA (SAP Burgos 24 julio 1995)”. En *Revista de derecho de sociedades*, nº 5, 1995, p. 265-283.

RAPPAPORT, *La creación de valor para el accionista: una guía para inversores y directivos*. Bilbao: Deusto, 1998, 268 p.

RAWLS, John. *Una Teoría de la justicia*. Mexico: Fondo de cultura económica, 1997. 549 p.)

REDENIUS-HOEVERMANN, Julia. *La responsabilité des dirigeants Dans les sociétés anonymes en droit français et droit allemand*. París: Lextenso (L.G.D.J.), 2010. 507 p.

RIBAS FERRER, V. “Deberes de los Administradores en la Ley de Sociedades de Capital”. En *Revista de Derecho de Sociedades*. Nº 38, 2012. p. 73-96.

-“Artículo 225. Deber de Diligente Administración” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo II. Madrid: Civitas, 2011. p.1608-1620.

-“Artículo 226. Deber de lealtad” en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo II. Madrid: Civitas, 2011. p.1620-1626.

RIVERA FERNÁNDEZ, *Reintegración y concurso de acreedores*, Madrid: Dilex, 2005, 168 p.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel; HUERTA VIESCA, M^a Isabel. *La Responsabilidad de los Administradores en las Sociedades de Capital*. Navarra: Aranzadi, 1995. 462 p.

-*Responsabilidades de los Administradores de las Sociedades de Capital en Crisis*. (Prólogo Francisco Vicent Chuliá). Pamplona: Thomson Reuters-Aranzadi, 2012. 866 p.

RODRÍGUEZ, C. *La cláusula rebus sic stantibus*. Valencia: Tirant, 2003. p143 y ss

RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, José Miguel. *El gobierno de la empresa: un enfoque alternativo*. Madrid: Akal, 2003. 142 p.

ROJO AJURIA, Luis. *El dolo en los contratos*. Madrid: Civitas, 1994. 317 p.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José. "La reforma del derecho concursal español" en *La Reforma de la Legislación concursal*. Marcial Pons: Madrid, 2003 p.87-130).

-“Quo vadis ius societatum”. En *I Congreso nacional de derecho mercantil: veinte años de España en la Unión Europea: balance y perspectivas* (Barcelona, 12 y 13 de junio de 2006 coord. por Ignacio Arroyo Martínez), 2007, pp. 421-450.

-“Artículo 1” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros). *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 141-161.

-“Artículo 2” en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros) *Comentario de la Ley concursal*. Tomo I. Madrid: Thomson-Civitas, 2004. p. 164-193.

-“Primera parte: Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial” en URIA/MENENDEZ. *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Segunda edición. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. p. 67 a 269.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel José, Ángel; BELTRÁN, Emilio (dir) *La responsabilidad de los administradores de las sociedades mercantiles*, 2^a edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008.

-“Artículo 4. Capital social mínimo”. En AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p.204-208

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel; y M. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio (coords. y otros) *Comentario de la Ley concursal*. Civitas, 2006.

RUBEN, Neil. "Duty to creditors in insolvency and the zone of insolvency: Delaware and the alternatives" en *NYU Journal of law & Business*. Vol. 7.1 (2010). p. 333-359.

RUIZ MUÑOZ, Miguel. "Deber de declaración de riesgo del tomador en el contrato de seguro y facultad rescisoria del asegurador" en *Revista Española de Seguros*. Madrid: Enero- marzo 1991, nº 65, p. 13-45.

- "Facultad revocatoria del consumidor y competencia desleal: algunos presupuestos metodológicos". En *Estudios de derecho mercantil: homenaje al profesor Justino F. Duque*, Vol. 2, 1998. p. 1103-1124.

- "Introducción a la protección jurídica de los consumidores" en Curso sobre protección jurídica de los consumidores. McGraw-Hill. 1999. p. 3-27.

- "Fundamento y naturaleza jurídica de la responsabilidad de los administradores del artículo 262.5 LSA (ART. 105.5 LSRL): análisis contractual-representativo". En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 244, junio 2002, p.469-568.

- "Administradores y deudas sociales: derecho de sociedades *versus* derecho concursal". En *Revista de Derecho de los Negocios*. Noviembre de 2006. nº 194. p. 5-24.

- "Un apunte crítico sobre la responsabilidad social corporativa". En *Revista de Derecho de Sociedades*. nº38, 2012-1. p. 155-194.

- *Nulidad parcial, interpretación y error en los contratos*. Lex Nova: Valladolid, 1993, 325 p.

RYAN, Christopher L.. *Company director: liabilities, rights and duties*. 3ª Ed. Oxfordshire: CCH , 1990, 475 p.

SÁEZ, María Isabel "Capítulo III. La inscripción registral". en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 414-464.

SAINT-ALARY HOUIN, Corinne. *Droit des entreprises en difficulté*. Paris: L.G.D.J. Montchrestien, 2001. 794 p.

SALAS FUMÁS, Vicente. "¿Sustituye la responsabilidad al buen gobierno de la empresa?". En Colegio de economistas de Madrid (Empresa responsable). Nº 106, 2005. p. 4-12.

SALDAÑA VILLOLDO, Benjamín. "La acción individual de responsabilidad en el marco de la crisis disolutoria y concursal de la sociedad de capital. Especial referencia al cierre de hecho". En *Revista de derecho mercantil*, nº 274, 2009, p. 1329-1368.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Miguel María. "Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores" en *Revista de derecho mercantil*; 1998, nº 227, p 117-154.

SÁNCHEZ-CALERO, Fernando (dir.) y otros. *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas. Administradores. Artículos 123 a 143*. Madrid: Revista de derecho privado, 1994. 555 p.

SÁNCHEZ-CALERO, Fernando. *Instituciones de derecho mercantil*. Vigésimo cuarta edición. Vol. I. Madrid: McGraw Hill, 2003. p. 397 y ss.

- *Los administradores en las sociedades de capital*. Madrid: Thomson- Civitas, 2005. 915 p.

-“Artículo 1” en SÁNCHEZ-CALERO, Fernando (dir.) y otros. En AAVV *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*. Madrid: Revista de derecho privado. 1997, p. 3-54.

-“Artículo 10. Deber de declaración del riesgo” en AAVV *Ley del Contrato de Seguro*. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 192-211.

SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan. “Creación de valor, interés social y responsabilidad social corporativa” En RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando (coord.) *Derecho de sociedades anónimas cotizadas: (estructura de gobierno y mercados)*, Vol. 2, 2006, pp 851-914. Disponible en la web www.ucm.es/eprints. 108 p.

-“El interés social y los varios intereses presentes en la sociedad anónima cotizada”. En *Revista de Derecho Mercantil*. 2002, Nº 246. p. 1653-1725.

-“Responsabilidad social corporativa”. En *Diccionario de Derecho de Sociedades*. Madrid: Iustel, 2006. p. 1023-1028.

-“La reforma de la propuesta anticipada de convenio (apunte de un fracaso y su posible enmienda)”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley nº 11, 2009. p. 85-98.

-“Crisis económica y gobierno corporativo”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 287, 2013. p. 65-88

SANCHEZ DE ANDRÉS, ANIBAL. *Sociedad anónima "modelo 1998": reforma (parcial) y crítica (total) de un texto legislativo reciente*. McGraw-Hill. Interamericana de España, 1999. 189 p.

SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis. “Artículo 1.206” En *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XVI, vol. 1. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1991, p.746-754.

SANTOS BRIZ, Jaime. *La responsabilidad civil temas actuales*. Madrid: Montecorvo, 2001. p 487-505.

- “Artículo 1206”. En: ALBACAR José Luís, SANTOS BRIZ Jaime. *Código Civil Doctrina y Jurisprudencia*. Madrid: Trivium. p.393

- “Art. 1129” en *Comentario del Código Civil* vol 6. Barcelona: Bosch, 2000. 229 p.

SANTOS MORÓN, María José *La responsabilidad de las asociaciones y sus órganos directivos*. Madrid: Iustel, 2007. 393 p.

SCHMIDT, Karsten. Derecho Comercial. Manóvil, Rafael M. (Traductor). Buenos Aires: 1997. 1078 p.

-“ La reforma alemana de la sociedad de responsabilidad limitada: también una reforma del derecho concursal”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*, N°. 10, 2009, pags. 399-407

SCHOLASTIQUE Estelle. *Le devoir de diligence des administrateurs des sociétés. Droit français et anglais*. LGDJ: París. 465 p.

SECO CARO, Enrique. *El contrato mercantil de compraventa*. Barcelona: Marcial Pons, 2009. 461 p.

SELLER ROCA DE TOGORES, Luis “Capítulo 2. La solicitud de declaración de concurso voluntario” en MARTINEZ SANZ (dir.) *Tratado práctico del derecho concursal y su reforma*. Madrid: Tecnos, 2012, p. 57-92.

SENENT MARTINEZ, Santiago. “Capítulo I. Naturaleza Jurídica y Competencias” En AAVV Órganos de la sociedad de capital. Tomo I. Junta General e impugnación de acuerdos, los administradores y su responsabilidad. Tirant lo Blanch: Valencia, 2008. 1229 p.

SEQUEIRA MARTÍN, Adolfo; SACRISTÁN BERGIA, Fernando; MUÑOZ GARCÍA, Alfredo. “La responsabilidad de los administradores de las sociedades anónimas en situaciones de crisis económica (La Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 16 de febrero de 2006 como pretexto)”. En *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. La Ley, nº 5, 2006. p. 199-228.

SERRA RODRÍGUEZ, Adela. “El interés del concurso en la Ley 22/2003, de 11 de julio, Concursal”. En AAVV. *La dialettica degli interessi nella disciplina delle società per azioni. Quaderni del Dipartimento di Diritto ed Economia Facoltà di Economia – SUN*. Jovene editore: Napoli, 2011. p. 445-476.

SERRANO CAÑAS, José Manuel. *El conflicto de intereses en la administración de las sociedades mercantiles*. Bolonia: Universidad Albornotiana. 2008, 506 p.

SHULZE, Reiner. “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho Contractual Europeo”. En *Anuario de Derecho Civil*. Tomo LIX, Fascículo I, Madrid: Enero-marzo, 2006. p. 29-59

SILVETTI, Elena. “Artículo 71 acciones de reintegración” en CORDÓN MORENO, Faustino (dir.) *Comentarios a la Ley Concursal*. Madrid: Thomson, 2004, p. 516-528.

SMITH, Adam. *La riqueza de las Naciones*. Alianza. 1994, 818 p.

SOLÉ FELIU, J.”Los perfiles borrosos de la asunción del riesgo en el derecho comparado”, en *Libro Homenaje a Luis Díez-Picazo*, p3097 y ss.

SPRAYREGEN P.C.; FREEDMAN, T.L.; CHO, S.S., *The zone of insolvency: When has a company entered into it, and once there, what are the board’s duties?* KIRKLAND & ELLIS. May 2002. 13 p.

STIGLITZ, Joseph. *La economía del sector público*. 3ª ed, Madrid: Bosch, p.69 y ss.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis. “El presupuesto objetivo del concurso: el estado de insolvencia”. En GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio (dir.), QUINTANA CARLO Ignacio (dir.), BONET NAVARRO Angel (dir.), *Las claves de la ley concursal* Navarra: Thomson-Aranzadi, 2005 2005, pags. 35-48.

TEUBNER, Gunter “Corporate Fiduciary Duties and Their Beneficiaries. A functional approach to the legal (responsability) Institutionalization of corporate Responsibility”. En AAVV *Corporate Governance and Director’s Liabilities*. Berlin- New York: W de G, 1985, p. 150-170.

TIRADO MARTÍ, Ignacio. “Reflexiones sobre el concepto de “*interés concursal*”(ideas para la construcción de una teoría sobre la finalidad del concurso de acreedores)”. *Anuariode Derecho Civil*, 2009, fascículo II, p. 1055-1107.

TOFFOLE, Alberto. “Sección 4, Administración y controles”. En *Derecho italiano de Sociedades*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2008, 643 p.

TRIGO SIERRA, E.duardo; CAMBRONERO GINES, Ariadna. “Aspectos procesales e internacionales de la Ley Concursal” En *Revista de Actualidad Jurídica de Uría y Menendez*, nº6, 2003, p. 51-75.

ULMER, Peter. *Principios Fundamentales del Derecho alemán de sociedades de responsabilidad limitada*. Madrid: Civital, 1998. 166 p.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, GARCÍA Aurelio. DE ENTERRÍA. “La sociedad de capital” en *Curso de derecho mercantil II*. 806 p.

-“La Sociedad Anónima” (Capítulos 29-40). en URÍA/MENENDEZ *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006.p. 806-825.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio. *Curso de derecho mercantil. Tomo I*. Navarra: Thomson-Civitas, 2006. 1543 p.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; BELTRÁN, Emilio. “Disolución y liquidación de la sociedad anónima” Tomo XI, En URÍA, MENÉNDEZ, OLIVENCIA. *Comentario al régimen legal de las Sociedades mercantiles*. Madrid: Civitas, 2002. 315 p.

URÍA GONZÁLEZ, Rodrigo; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio; MUÑOZ PLANAS, J.M. “La Junta General de accionistas” en AAVV *Comentario al régimen legal de las sociedades Mercantiles*. TomoV. Civitas: Madrid. 1992, 395 p.

VALLENS, Jean-Luc. “La reforma del derecho francés de las empresas en dificultades”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación* . Nº. 4, 2006, p. 399-413.

VAQUERIZO, Alberto. "Artículo 1. Sociedades de Capital". en AAVV. *Comentario a la Ley de Sociedades de Capital*. ROJO/BELTRAN (dir.). Tomo I. Madrid: Civitas, 2011. p. 181-193.

VAQUERIZO PINTO, María José. “Artículo 1206”. En BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R. (dir.) *Comentarios al Código Civil* Tomo IV (Arts. 1043 a 1264). Valenia: Tirant Lo Blanch. 2013, p. 8931-8935.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio. “El gobierno de las sociedades cotizadas (corporate governance) en España: el Informe Olivencia” en AAVV. *Derecho de sociedades. Libro homenaje a Fernando Sánchez-Calero*. Vol. III. McGraw Hill. Madrid: 2002, p. 3003-3029
-“Gobierno corporativo” en *Diccionario de derecho de Sociedades*. Madrid: Iustel, 2006. pp. 665-670.

VERDÚ CAÑETE, María José. *La responsabilidad del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*. Madrid: La Ley, 8/2008. 440 p.

VERGEZ SANCHEZ, M. “La contratación mercantil. Derecho de los valores. Derecho concursal. Derecho de la navegación” en URÍA; MENÉNDEZ; VERGEZ *Compraventas especiales y contratos afines a la compraventa*. p. 125-162.

VICENT CHULIÁ, Francisco. “La responsabilidad de los administradores en el concurso”. En *Revista de derecho concursal y paraconcursal: Anales de doctrina, praxis, jurisprudencia y legislación*. nº, pp. 15-64.
-“Grupos de sociedades y conflictos de intereses”. En *Revista de Derecho Mercantil*. Nº 280 Abril-Junio, 2011. p. 19-43.

-*Introducción al Derecho Mercantil*. Tirant lo Blanch. Valencia, 2003. 360 p.

VIERA GONZÁLEZ, Arístides Jorge. *Las sociedades de capital cerradas*. (Monografía de Revista Derecho de Sociedades). Navarra: Aranzadi- Thomson. 2002. 542 p.

-“Las sociedades de capital cerradas y causas de separación y exclusión en la SA y en la SRL” En *Revista de Derecho de Sociedades*. Aranzadi 2001-2 nº 17, p. 47-107

VILATA MENADAS, Salvador (dir) y otros. *La responsabilidad de los Administradores de Sociedades Mercantiles*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005. 284 p.

VIÑUELAS SANZ, Margarita. “Insolvencia de sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: *wrongful trading*”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 255, 2005, pp. 299-318.

-“La modificación del ámbito objetivo de la responsabilidad de los administradores por las deudas sociales”. En *Revista de derecho mercantil*, Nº 266, 2007, pp. 995-1036.

-*Responsabilidad por obligaciones sociales y responsabilidad concursal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011. 262 p.

WEDDERBURN, L. “The legal development of corporate responsibility: for will corporate managers trustees?” en *AAVV Corporate Governance and Director’s Liabilities*. Berlin- New York: W de G, 1985, p. 3-54

WIEDEMAN, H. *Gesellschaftsrecht*. Band1. München: C. H. Beck, 1980, 904 p.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano. *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Madrid: Dykinson, 2001. 545 p.

